أحكام الظفر بالحق

بين

الشريعة والقانون

أحكام الظفر بالحق

بين الشريعة والقانون

دكتور

محمود عبد الرحيم الديب

مدرس القانون المدنى

كلية الشريعة والقانون بدمنهور

جامعة الأزهر

دار الجامعة الجديدة للنشر



٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة

الإسكندرية ☎ ٤٨٢٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالـــى :

" يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه "

صدق الله العظيم

البقرة (٢٨٢)

المقدمـــــة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين . الرحمن الرحيم . عالم الغيب والشهادة وهـو الحكيم الخبير . خلق الإنسان ، علمه البيان ، وأنزل شريعته ومنهاجه للعالمين ، فبنى أحكام معاملة العباد فيما بينهم على الظواهر ، وتـرك إليه وحده الأمر فيما يتعلق بالسرائر ، والصلاة والسلام على أشـرف المرسلين ، وخاتم النبيين ، وإمام المتقين ، ورحمة الله للناس أجمعين، وعلى آلة وصحبه ومن اتبع سنته وسلك طريقه إلى يوم الدين .

وبعـد

فلقد أنزل الله كتابه الكريم ، مشتملاً على مايصلح البشـر ، مـن أصول الدين القويم ، وقواعد العمـل الصـالح المسـتقيم ، ومنـهج المعاملات السليم ، وأمر رسوله الكريم ببيانه للناس ، فقـال سـبحانه "وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس مانزل إليهم ولعلهم يتفكـرون"[1] فأوضح ـ ﷺ المعالم ، وقوى الدعائم ، وأرسى الأسس . فـانتظم من الكتاب والسنة أعظم مرجع لمن يبحث عـن أسـباب الهدايـة ، ويلتمس طريق الإستقامة ، فتسابقت همم العلماء إلى الإرتشـاف مـن معينه ، والإغتراف من فيضه ، وتعددت إتجاهاتهم فى الأخذ منـه ، فأتوا من العلوم المختلفة بما يسجل لهم الفخر ، ويوجب لهم الشكر .

بيد أن تنظيم شئون الحياة والعلاقات الإجتماعية بين الناس لايتـم على نحو صحيح فى ميزان العدل الإلهى ، والمنطـق البشـرى ، إلا

---

(١) النحل (٤٤) .

بعقيدة سامية ، وأخلاق رصينة عالية ، ومبادئ وأنظمة شاملة ، تضع حداً للفرد فى ذاته وفى سره وفى علانيته ، كما تضع حداً للأسرة بإعتبارها الخلية الأولى للمجتمع ، وبنفس الدرجة تضع حداً للمجتمع الكبير المنتظم تحت سلطان الدولة • ليعيش الناس فى أمن وإستقرار ، ويظل المجتمع فى تقدم على الدوام ، وليحمى نفسه عن الأمراض والأسقام ، فيتجنب التيارات التى تغزوه وتهز كيانه ، إما بسبب الضعف والإنحلال ، أو بسبب الجهل والفساد ، وكلاهما شر مستطير ، الحذر منهما واجب ، والبعد عنهما فريضة ، ينبغى على كل فرض أن يقوم بها ، حتى لايضل أو يشقى ، فيكون الويل جزاؤه ، والوعد والثبور نصيبه • ولن يرقى الإنسان إلا إذا ارتقت روحه ، وسمت أخلاقه ، وصفت مشاعره لله أولاً ، ثم للناس ثانياً ، فلا يعاملهم إلا بما يرضى الله ، ولايأتى هو من الأفعال إلا ماكانت وفق منهج الله ، فيراقب الله فى سره وفى علانيته ، إن أعطى فإنما يعطى لله ، وإن منع فإنما يكون من أجل الله • فيكون الله غايته ، والقرآن والسنة دستوره ، ومنهاج حياته • عند ذلك لايركن الى ماديات الحياة ، التى أجبرت كثيراً من الناس على مخالفة شرع الله ، فاستحلوا لأنفسهم الحرام ، وسعوا إليه بكل سبيل ، ولو كان ذلك أكل أموال الناس بالباطل والإستحلال ، غير عائبين بوعيد الله لهم ، لأنهم إنما ينظرون إلى حياتهم التى يعيشونها ، دون أن تكون لآخرتهم ـ عندهم ـ أدنى تفكير أو تدبر •

والله سبحانه وتعالى أمرنا بحسن المعاملة فيما بيننا ، وأن يكون شعارنا التعاون على البر والتقوى ، فنأخذ بيد الضعيف ، ونحسن إلى

الفقير ، ونواسى المصاب • فهذه هى شيم المجتمع الإسلامى ، الـــذى يرقى بأخلاقه ومعاملاته •

هذا وقد أمرنا الشرع الحكيم أن نكون باذلين للأموال عند طلبـــها ، كما أمرنا أن نكون محسنين الوفاء بها ، وحث على القـــرض وبـين فضائله ، وفى ذلك يقول النبى ﷺ " مامن مسلم يقرض مسلم قرضـاً مرتين ، إلا كانت كصدقتها مرة"[1] • فدل هذا على حسن المعاملة من المقرض والمقترض ، فإن أحسن المقرض فـــى العطـــاء ، فليحسـن المقترض فى الوفاء • وقد يتم هذا التعامل دون إحتياط لعملية القرض هذه أو غيرها مما ينتج عنه مديونية بين الأشخاص ، فلا تتخذ وثائق ، ولاتكتب سندات ، بإعتبار أن الثقة بين المتعاملين كبيرة • فلا يفكـــر فى ذلك أحد •

غير أنه لما طغت ماديات الحياة ، وجدنا أشخاصاً • قد خانوا هذه الثقة ، وأمعوا فى هذه الخيانة ، فأنكروا الحقوق ، وجحدوا الديـــون ، فى الوقت الذى لايجد صاحب الحق أو الدائن معه مايثبت به حقـــه ، فإذا ماطالب به وجد النكران والجحود ، وقوبل إحسانه بإساءة بالغة • فماذا عساه أن يفعل ؟

إذا لجأ إلى القاضى لإستيفاء حقه ، فحقه مجحود ممن هو عليـــه ، وليست له بينة به يستطيع إثباته أمام القضاء • فـــى الوقـــت الـــذى لايرتضى تسامحاً فى حقه ، ولايجد عنه بديلاً • من هنا قفـــزت إلـــى الأذهان فكرة اقتصاص المرء حقه بنفسه ، بأن يظفر بمال لغريمـــه ، يعوض به نكرانه وجحوده • ولهذا كان البحث فى أصل مسألة الظفر

---

(١) رواه ابن ماجة وابن حبان (نيل الأوطار : ج٥ ص ٢٢٩)•

هذه ، وماهى الأحكام المترتبة عليها •

والتساؤل الذى يطرح نفسه ، هل لو ظفر صاحب الحق لغريمه يكون له أن يتملكه فى مقابلة حقه ، أم أن تقصيره بداية لايبرر له هذا الظفر ، حيث قصر فى الإحتياط لحقه ، فلم يأخذ وسيلة إثباته ، إذا ما أنكر من عليه الحق •

إن فكرة الظفر هذه تثير أكثر من علامة استفهام • تبدأ أولاً بالقول بأن الظفر ــ فيما لو تم ـ يعتبر مقاصة أم لا ؟ وإذا لم يكن مقاصة للحقوق ، فكيف يمكن استيفاؤها بغير ظفر ؟ وماهى الطريقة المثلى لإستيفاء الحقوق فى كل الأحوال ؟ وإذا كان الطريق لإستيفاء الحقوق واضحاً ، ولكن لسبب أو لآخر ، لم يسلكه صاحب الحق ، بل لجأ إلى الإنتصاف لنفسه ، فهل عمله هذا يعتبر مشروعاً ، بزعم أنه لا يفعل ذلك إلا بقصد الوصول إلى حقه ؟ وماهى وجهة النظر التشريعية الوضعية لهذا العمل ؟ وإذا كان عمله مخالفاً قانوناً فأى وصف يمكن أن ينطبق عليه ؟ وإذا كان عمل الظافر جائزاً فماهو سند جوازه ؟ وإن كان حراماً فما هو دليل حرمته ؟ وإذا اختلف الفقهاء بين مانع ومجيز فكيف يمكن التوفيق بين هذه الآراء •

كل هذه التساؤلات وغيرها هى ما أردنا الإجابة عنها فى هذا البحث ، حيث قصرنا فقط على أحكام الظفر بالحق بين الشريعة والقانون ، دون حاجة إلى تفصيل فى تأصيل فكرة الظفر وأساسها وتمييزها عما يشتبه بها ، وعلاقاتها ، وسبب وجودها • حيث أن كل ذلك يعتبر مفهوماً من جملة أمثلة ذكرتها وأردت أن أصل إلى حكمها من خلال هذا البحث ، الذى أسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل التوفيق بجانبى فى أصوله وفروعه •

هذا وقد تناولت هذا البحث فى تمهيد وثلاثة مباحث ، حيث عرضت فى التمهيد للتعريف بفكرة الظفر بالحق ، ومنهج البحث ، ثم تناولت فى المبحث الأول أحكام الظفر فى القانون المدنى ، وماإذا كان يعتبر مقاصة أم لا ؟ وإذا لم يكن الظفر مقاصة ، فما هى الوسيلة المثلى لإستيفاء الحق فى هذه الحالة ٠ ثم تناولت فى المبحث الثانى أحكام الظفر بالحق فى قانون العقوبات ، وماإذا كان عمل الظافر مشروعا بقوة القانون أم مجرما يضع له القانون العقوبة المناسبة ، وأى وصف ينطبق على عمل الظافر فى هذه الحالة ٠ وأخيرا تناولت أحكام الظفر فى الفقه الإسلامى ، وتناولت بالشرح والتوضيح آراء الفقهاء وأدلتهم ٠ ثم أردفت ذلك برأينا الشخصى فى المسألة ، خاتما البحث بأهم ماتوصلت إليه من خلال خاتمة عرضت فيها وجهة نظرى فى المسألة وأهم مقومات هذا البحث ٠

هذا فإن وفقت فمن الله سبحانه وتعالى ، وأسأله سبحانه وتعالى ـ من فضله وكرمه فإنه لايملكها إلا هو ، وإن كانت الأخرى فمنى ومن الشيطان ، وعذرى أننى بشر أخطئ وأصيب ٠ والله أسال أن يجعل هذا العمل خالصا لوجه ، وأن يكون فى ميزان حسناتى يوم القيامة ، يوم لاينفع مال ولابنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، إنه نعم المولى ونعم المجيب ٠

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ٠

دكتور

محمود الديب

الإسكندرية فى ديسمبر ١٩٩٧ م

تمهيـــــــد

فى التعريف بالظفر بالحق ومنهج البحث

جاء فى المعجم الوسيط ، ظَفَـرَ الشـئ ظفراً : غرز فيه ظفره، ويقال : ماظَفَرتْك عينى منذ زمان : مارأيتك ، وظَفِرَ الرجل ظَفْراً : طال ظفره وعرض ، فهو أظفر ، و ــ عينه : ظهرت فيها الظفرة ، فهى ظَفِرة و ـ فلان على عدوه وبعدوه : غلب عليه وقهره ، فهو ظَافِرٌ وظَفِرٌ ٠ و ـ الشئ وبه : فاز به وناله ٠ ويقال : ظَفِرَ الله فلاناً على فلان : غَلَّبَهُ عليه ٠ وأظْفَرَهُ الله بعدوه وعليه : مكنه وغَلَّبَهُ عليه[1] ٠

وجاء فى القاموس المحيط أن ظَفِرَه وظَفِرَ به: الفوز بالمطلوب[2]، كما جاء فى المفردات فى غريب القرآن للأصفهانى أن الظَّفَرَة : جليدة يغشى البصر بها تشبيهاً بالظفر فى الصلابة ، يقال ظَفِرت عينه ، والظَّفْرُ : الفوز ، وأصله من ظفرة عليه[3] أى نشب ظفره فيه ، قال تعالى : " من بعد أن أظفركم عليهم"[4] ٠

والظفر بالحق هو أن يظفر رجل بمال لغريم له ، جحده حقه ، ولابينة للظافر بهذا الحق المجحود ٠ كأن يكون له على رجل دين ، ولابينة له بهذا الدين ، ولهذا المدين وديعة عند صاحب الحق ، فيطلب صاحب الحق حقه من المدين فيجحده ، ولابينة له به ، فيجحد هو

---

(1) المعجم الوسيط ، الجزء الثانى (باب الظاء ـ مادة ظَفَـرَ) ٠

(2) القاموس المحيط ، المجلد الثانى (فصل الظاء ـ باب الراء) ٠

(3) المفردات فى غريب القرآن للأصفهانى (كتاب الظاء ـ مادة ظفر) ٠

(4) سورة الفتح (آية ٢٤) ٠

الوديعة التى عنده للمدين ، ظافراً بذلك حقه أو جزء من حقه[1] أو يظفر بمال لغريمه ـ دون إستلام ـ فينقص منه حقه ويرد إليه مازاد عن حقه ، أوبتحقيق الفرصة لظفرة أخرى ، إذا كانت الأولى لاتعادل قيمة حقه ٠

فالظفر بالحق على هذا النحو ماهو إلا الفوز بالحق المجحود بأى طريق كان ، سواء تم ذلك بطريق الأخذ أو بطريق الإستيلاء ، والأخذ هو الظفر بالشئ دون مناولة ، كما لو وجد الظافر مالاً لغريمه على قارعة الطريق فأخذه وهو عالم بأنه مال غريمه ، قاصداً بذلك أخذ حقه المجحود منه . أما الإستيلاء فهو نقل لحيازة الشئ المستولى عليه، كما لو إستولى الظافر على شئ مملوك لغريمه ، فظهر عليه بمظهر المالك له ، وأصبح حائزاً له ، سواء كانت هذه الحيازة كاملة ، وهى التى يتوافر لها عنصريها المادى والمعنوى ٠ ونقصد بالعنصر المادى هنا الرابطة الفعلية التى تربط بين الحائز والشئ الذى يحوزه ، أما العنصر المعنوى فهو الظهور على الشئ بمظهر المالك له ، فيتصرف فيه تصرف المالك ٠ وسواء كانت هذه الحيازة للشئ المستولى عليه أيضاً حيازة ناقصة ٠ وهى عبارة عن سيطرة الشخص مادياً على الشئ المحاز دون أن تتم له السيطرة المعنوية ، كما هو الحال فى عقد الإيجار ٠ أو كانت الحيازة عارضة أو مادية ، وهى أشبه بالحيازة الناقصة إلا أن الحائز فيها ليست له سيطرة على الشئ

([1]) أنظر فى ذلك : الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبى ، الطبعة الثالثة (١٣٨٧ هـ ــ ١٩٦٧م) دار الكتاب العربى ، ج٢ ص ٣٥٥ ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، دار الريان للتراث ، ج٩ ص ٤١٩ ، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ، دار الجيل ، ج٢ ص ٧٤ ، إعلام الموقعين عن رب العلمين ، دار الجيل ، ج٣ ص ٣٣٥ ٠

المحاز لا لحسابه ولا لحساب غيره ، ولهذا سميت بالحيازة العارضة ، فهو لاتنشئ للحائز حقاً ، ولاتفرض عليه إلتزاماً[1] .

ويتحقق الظفر فى كل ماسبق سواء تم الإستيلاء على الشئ المحاز من قبل الظافر ، كما لو أخرجه من حرزه واستولى عليه أو غصبه ، أو سلمه إليه مالكه فقام الظافر بنقل الحيازة إليه ظفراً بحقه ، وسواء كان هذا التسليم من المالك بإرادته واختياره ، كما هو الحال فى الوديعة وعارية الإستعمال ، أو كان التسليم اضطرارياً ، كما هو الحال فى التسليم بقصد الفحص والمعاينة[2] .

والسؤال الذى يطرح نفسه على بساط البحث هو : هل يتملك الظافر - على هذا النحو - الشئ الذى ظفر به اقتضاء لحقه ؟ وهل يجوز له ذلك ؟

الواضح أن هذا البحث متشعب الجوانب ، متعدد الإتجاهات ، لأننا إذا أردنا الإجابة عن هذا التساؤل ، سنجد أنفسنا أمام عدة اتجاهات ، حيث ينبغى علينا أن نوضح حقيقة عمل الظافر فى هذه الحالة ، وماإذا كان عمله هذا مقاصة لحقه ممن جحده حقه أم لا؟ وخاصة وأن إثبات حقه المجحود صعب المنال ، إذ الفرض أنه لابينة له بحقه هذا ، وهذا يتطلب منا بحث أحكام الظفر فى الفقه القانونى المدنى ، لمعرفة ما إذا

---

(1) راجع فى تفصيل ذلك : د. عمرو ابراهيم الوقاد ، العلاقة بين الإختلاس وملكية الفاعل ، ١٩٩٧، ص ٣٦ وما بعدها ، المستشار / مصطفى هرجة ، التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء ، نادى القضاة ، ١٩٩١ ـ ١٩٩٢ ، ص ١١٩٦ . د. رضا وهدان ، حق الملكية ، الطبعة الثالثة (١٩٩٦) ص ٢٨٢ وما بعدها .

(2) د . عمرو الوقاد ، المرجع السابق ، ص٢٣ .

كان هذا العمل يمثل مقاصة ، أم أن بإمكان الظافر الحصول على حقه من غير هذا الطريق • بيد أن عمل الظافر هذا قد ينطوى على جريمة يعاقب عليها القانون ، سواء استولى على الشئ الذى ظفر به خلسة وخفية من صاحبه زاعماً بذلك أنه يأخذ حقه ، حيث يجرم القانون فعله ويعتبره سارقاً فى هذه الحالة ، متى توافرت أركان هذه الجريمة ، أو كان فعل الظافر قد أقتصر على مجرد نقل الحيازة إليه بعد أن سلمها إياه المالك ، حيث يجرم القانون فعله أيضاً ، بإعتباره مبدداً أو خائناً للأمانة • وهذا يتطلب منا أيضاً بحث هذه المسألة فى نطاق أحكام القانون الجنائى المصرى • وأخيراً يجب أن نوضح ماإذا كان هذا العمل من الظافر حلالاً يحل له أخذ ما ظفر به اقتضاء لحقه، أم حرام لايجوز له أخذه ، وهذا مايجعلنا نبحث هذا الحكم تفصيلاً من خلال بحث أقوال فقهاء المسلمين فيه •

وتجدر الإشارة إلى أن هذا البحث ، سواء فى القانون المدنى أو الجنائى أو الفقه الإسلامى قاصر فقط على حكم الظفر فى حد ذاته ، كما عرفناه سابقاً ، دون دخول فى تفصيلات عملية الظفر وشروطها وأركانها ، وعلاقتها بغيرها مما قد يشتبه بها ، فهو قاصر فقط على آثارها ومايترتب عليها من أحكام •

ولهذا فسوف أتناول بحث أحكام الظفر فى ثلاثة مباحث مستقلة ، أردفها برأينا الخاص فى هذه المسألة ، وماينبغى أن يكون عليه العمل فقهاً وقضاء • والله المستعان وعليه التوكل والحسبان ، وإليه البلاغ ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم •

المبحـث الأول

أحكام الظفر بالحق فى القانون المدنى

تمهيد وتقسيم

الظافر بالحق يعتقد إعتقاداً جازماً بأنه ما أخذ من مدينه إلا حقـه ، ومن ثم فإن عملية الظفر هذه لها مايبررها ـ من وجهة نظره ـ ، حيث أعوزته الأدلة عن اللجوء إلى القضـاء لأخذ حقـه ، فـالفرض أن حقه لدى غريمه لادليل عليه ، ولابينه له به ، ومن ثم فإنه يتحين الفرصـة تلو الأخرى لأخذ هذا الحق المجحود ، وفى أول فرصة تأتيـه يغتنمهـا ويستغلها ، فيأخذ من مال غريمه مايساوى قيمة حقه ، مدعياً بذلك أنـه يحصل على الحق الذى لايستطيع إثباته أمام القضاء ، زاعماً أن فعلـه هذا ليس سوى مقاصة بين حقـه وحق غريمـه الـذى ظفر بـه ، وهـو بذلك يرى أن سنداً من القانون يقف بجانبه ، حيث نص القانون المدنى على المقاصـة وأعتبرهـا أداة وفـاء وأداة ضمـان فـى ذات الوقـت ، وبالتالى فإن اللجوء إليها له مايبرره من وجهة نظر الظافر بحقه .

بيد أن القانون المدنى لم يقصد بالمقاصة هذه الصورة ، التى يظفر فيها صاحب الحق بحقه ، بعيداً عن اللجوء إلى القضـاء ، وإنمـا قصـد بها الوفاء والضمان إذا توافرت جملة من الشـروط ، بحيـث لـو اختـل منها شرط تحولت من مقاصة قانونية تقع بقوة القـانون ، إلـى مقاصـة قضائية أو إختياريـة ـ حسب الأحـوال ـ ، بـل إن عمليـة الظفر هذه لأهميتهـا إسـتثناها المشـرع المصـرى صراحــة مـن المقاصــة بكافــة أنواعها نظراً لخطورتها ، ومايترتب عليها من أعمال فوضى ومشاكل لانهاية لها ، مما قد يكون له أبلغ الأثـر فـى إلحـاق كثير مـن الضـرر

بالمتعاملين ، وبالتالى يؤدى إلى زعزعة الإستقرار فى التعامل ، وهو الهدف الذى عمد اليه المشرع المصرى بداية ، وأراد تحقيق الاستقرار فى التعامل بين الناس ـ كلما كان ذلك ممكناً ـ • ولم يغفل القانون المصرى حالة الحق المجحود هذا ، بل وجد له طريقاً فى الإثبات يمكن لصاحبه إثباته عن طريقه ، بالرغم من افتقاره لأدلة إثباته ، حيث أجاز له القانون توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه أمام القضاء ، بدلاً من أخذ حقه بيده ، فالقاعدة العامة فى القانون المصرى هى " حظر انتصاف الشخص لنفسه"[1] • بل أن القانون لم يغفل حتى عملية حلف الغريم كذباً ، إذ أجاز القانون لصاحب الحق أن يرجع بالتعويض على خصمه الذى حلف كذباً ، متى ثبت كذب اليمين بحكم صادر من المحكمة الجنائية ، ولايمكن طلب هذا التعويض ابتداء من المحكمة المدنية قبل صدور الحكم الجنائى[2] •

ويمكن توضيح هذه النقاط وتفنيد مزاعم الظافر بالحق ، من خلال عرض موجز وسريع لشروط المقاصة وأنواعها ، لمعرفة ماإذا كانت عملية الظفر هذه تعتبر مقاصة أم لا ؟ فإذا ماإنتهينا إلى أنها ليست مقاصة ، فإننا سنعرض للطريقة التى يمكن بها لصاحب الحق المجحود إثبات حقه أمام القضاء ، بدلاً من عملية الظفر التى يلجأ إليها صاحب الحق لفقده لأدلة إثبات حقه • ولهذا فإننى سأتناول هذا المبحث فى فرعين مستقلين أحدهما فى المقاصة والثانى فى كيفية إثبات الحق المجحود • وذلك على النحو التالى :

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ص ٢٧٤ •

(2) د • عبد الرازق حسن فرج ، شرح قانون الإثبات ، ١٩٩٣ ، ص ١٠٨ •

الفـــرع الأول

الظفـــر بالحق والمقاصـــة

أولاً : التعريف بالمقاصة

المقاصة بوجه عام أداة وفاء وأداة ضمـان[1] فهـى أداة وفـاء لأنهـا طريق من طرق انقضاء الالتزام ، حيث يكون كل من طرفيها دائن ومدين للطرف الآخر ، فبدلاً مـن أن يوفـى كل منهمـا للآخر بدينـه ، ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما • وهى أداة ضمـان لأن الدائـن الذى يستوفى حقه من الدين الذى فى ذمتـه لمدينـه ، يختص بـه وحـده دون غيره من دائنى المدين، ومن ثم يتقدم عليهم جميعاً فى استيفاء حقه[2] •

هذا وقد عالج القانون المدنى المقاصـة فى المـواد مـن ٣٦٢ إلـى ٣٦٩ منه ، ولكن ماعالجه المشرع ليس إلا صورة من صور المقاصة تسمى بالمقاصة القانونية ، ويوجد بجانبهـا صورتـان آخرتـان تعرفـان بالمقاصـة القضائيـة ، والمقاصـة الإختياريـة • ولـذا فإننـا نعـالج هـذه الأنواع فى النقطة التالية •

---

(1) جـاء بمذكرة المشروع التمهيدى للمـادة ٣٦٢ مدنـى " ويتفـرع علـى ذلـك أن المقاصـة تنطـوى علـى معنيين ، أولهما معنـى الوفـاء ، فكـل مـن الدينيين يقـاص وفـاء بـالدين الآخـر ، والثـانى معنـى الضمـان ، لأن مـن يتمسـك بهـا لتلافـى مـاوجب فـى ذمتـه لدائنـه بمـا وجب لـه فـى ذمـة هذا الدائن ، من حيث القصـاص، يضمـن إسـتيفاء دينـه مقدماًعلىسـائر الدائنييـن" •(مجموعـة الأعمـال التحضيريـة ، ج٣ ص ٢٧٤) •

(2) د • السـنهورى ، الوسـيط فـى شـرح القـانون المدنـى ، الجـزء الثـالث ، المجلـد الثـانى، دار النهضـة العربيـة ، ١٩٨٤ ، ص ١٠٢٣ فقـرة ٥٢٥ • د• إسماعيل غـانم ، فـى النظريـة العامـة للإلـتزام ، الجـزء الثـانى ، ١٩٦٧ ، ص ٤١٥ ومابعدهـا، فقـرة ٢٥٢ •

ثانياً : أنواع المقاصة

المقاصة قد تكون قانونية ، وقد تكون اختيارية وقد تكون قضائية.

١ - المقاصة القانونية

تقضى المادة ٣٦٢ مدنى على أن " للمدين حق المقاصة بين ماهو مستحق عليه لدائنه ، وماهو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدين ، إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وكان كل منهما خالياً من النزاع ، مستحق الأداء، صالحاً للمطالبة به قضاء .

ولايمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن " .

ومن هذا النص يتضح أن القانون وضع جملة من الشروط متى توافرت وقعت المقاصة بقوة القانون دون حاجة إلى حكم أو اتفاق ، ويمكن إجمال هذه الشروط فيما يلى :

أ - التقابل بين الدينين

فيجب لوقوع المقاصة أن يكون هناك دينان متقابلان ، بمعنى أن يكون كل من طرفى المقاصة مدينا بشخصه للآخر ، وفى ذات الوقت دائناً بشخصه له ، فيتقابل الدينان وينقضيان بالمقاصة . فإذا كان أحدهما دائناً بصفته الشخصية ومديناً بصفته وكيلاً أو وصياً لاتقع المقاصة[1] .

---

(1) نقض مدنى فى١٩٣٦/١٠/٢٢ (مجموعةعمرج ١، ص ١١٦٧ ، رقم ٣٧٩)،نقض مدنى فى١٩٤٨/١/١٥(مجموعةعمرج٥،ص٥٢٣، رقم ٢٦٠) .

ب - أن يكون الدينان من نوع واحد

وهذا يعنى التماثل بين الدينين ، فيجب أن يكون محل الدينين متحداً فى الجنس والجودة • فلا تقع المقاصة إلا إذا كان موضوع كل من الدينين نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع • ولايكفى التماثل فى النوع بل يجب أن يتحدا أيضاً فى الجودة ، فلا مقاصة بين إلتزام بتوريد قمح والتزام بتوريد قطن مثلاً ، كما لاتقع بين إلتزام بنقل ملكية وإلتزام بعمل • وترتيباً على ذلك فإن أمر المقاصة القانونية لايثور إلا بالنسبة لبعض حالات الالتزام بإعطاء[1] •

ج - أن يكون الدينان خاليين من النزاع

بمعنى أن يكون كل من الدينين محققاً ومعلوم المقدار ، ولابد من إجتماع الأمرين معاً • فلاتقع المقاصة إذا كان أحد الدينين متنازعاً فيه، سواء فى نشأته أو فى تحديد مقداره ، كالتعويض عن فعل ضار قبل الحكم به • ويأخذ حكم المتنازع فيه كل دين غير محقق الوجود ، كالدين المعلق على شرط واقف ، فلا تقع المقاصة بين دين خال من النزاع وآخر معلق على شرط واقف • أما إذا كان الدين معلقاً على شرط فاسخ ، فإنه يكون موجوداً ومحققاً ، غاية الأمر أنه غير محقق البقاء، ومن ثم فإن المقاصة تقع بينه وبين دين آخر خال من النزاع • وتبدو أن العلة فى ضرورة خلو الدينين من النزاع إنما تكمن فى أن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى ، ولايجبر المدين على دفع

---

(1) د • أحمد سلامة ، مذكرات فى نظرية الالتزام ، الكتاب الثانى ، أحكام الالتزام ، مكتبة عين شمس ، ص ٢٧٤ • د •إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤١٧ •

دين متنازع فيه ، سواء فى وجوده أو فى مقداره[1] .

بيد أن الدين الخالى من النزاع هو الدين الذى لم تقم بشأنه منازعة جدية أمام القضاء (م ٢/٤٦٩ مدنى) . فإذا ثار نزاع جدى فإن المقاصة لاتصح ، ولايلزم لإعتبار المنازعة جدية أن ترفع بذلك دعوى أمام القضاء ، بل يكفى أن يقوم نزاع جدى ولو خارج القضاء[2] .

ويتضح من هذا الشرط للمقاصة القانونية ، أن عملية الظفر بالحق لاتتم إلا بسبب المنازعة فى الدين ، ولو تمت هذه المنازعة فى غير ساحة القضاء ـ على نحو ماسنوضحه فيما بعد ـ كما يتضح أن المقاصة القانونية لاتقوم فى هذه الحالة ، وإنما فقط يمكن أن تتم المقاصة عن طريق القضاء ، إذ يرفع الأمر للقاضى لحسم النزاع القائم ، ثم يقضى بالمقاصة القضائية فى هذه الحالة ، وهو الشرط الذى يترتب بتخلفه قيام المقاصة القضائية لعدم إمكان وقوع المقاصة القانونية . ولكن يشترط للإدعاء بالمقاصة القضائية فى هذه الحالة وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض ، أن ترفع به دعوى أصلية أو أن يطلب فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه رداً على دعوى خصمه الأصلية[3] .

---

(1) المستشار / أنور العمروسى ، التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل ، الجزء الأول ١٩٨٣ ، دار المطبوعات الجامعية ، ص ١٠٢٤ . وأنظر : نقض مدنى فى ١٩٧٣/٣/٣ (مجموعة المكتب الفنى ، ص ٢٤ ، ص ٣٧٢) .

(2) د . عبد الرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ .

(3) نقض مدنى فى ١٩٦٩/٧/١٧ (مجموعة المكتب الفنى س ٢٠ ، ص ٩٩٦) .نقض مدنى فى ١٩٧١/٦/٢٤ (مجموعة المكتب الفنى ، س ٢٢ ، ص ٨١٨) .

د - أن يكون الدينان مستحقى الأداء

يجب أن يكون الدينان مستحقى الأداء . فإذا كان أحدهما مستحق الأداء والأخر مضاف إلى أجل ، فلا تقع المقاصة بينهما ، لأن المقاصة وفاء إجبارى ، ولايجبر المدين على الوفاء بدينه قبل حلول الأجل المحدد للوفاء ، ولايمنع من وقوع المقاصة أن يمنح القاضى المدين أجلاً للوفاء (نظرة الميسرة) أو أن يكون الدائن قد منح المدين أجلاً للوفاء تبرعا منه (م٣٦٢/٢ مدنى) . ويحل الأجل بحلول مدته، ويصبح الدين الذى كان مضافاً إلى أجل ، ديناً حالاً وصالحاً للمقاصة ، كما يحل الأجل بتحقق الشرط الواقف ، إذ بتحققه يصبح الدين مستحق الأداء ، وبالتالى يصلح لإجراء المقاصة القانونية[1].

هـ - أن يكون الدينان صالحين للمطالبة القضائية

فإذا كان أحدهما أو كلاهما إلتزاماً طبيعياً ، فإن المقاصة لاتقع ، كما لاتقع المقاصة إذا كان أحد الإلتزامين أو كلاهما قد مضت عليه مدة التقادم المسقط ، حتى قبل أن يتمسك المدين بالتقادم ، حيث يصبح الالتزام طبيعياً فى هذه الحالة ، كما لاتقع المقاصة بين دين مضت عليه مدة التقادم وبين دين آخر مضت عليه أيضاً مدة التقادم ، حيث يتمسك كل من الطرفين بإنقضاء الدين بالتقادم بدلاً من التمسك بالمقاصة ، وليس ذلك إلا لأن المقاصة وفاء إجبارى ، ولايجبر المدين على الوفاء بدين سقط بالتقادم ، وإن تخلف عنه التزام طبيعى ، فالإلتزام الطبيعى لايصلح للمطالبة به أمام القضاء كما لايصلح للمقاصة دين نتج عن عقد باطل ،وآخر نتج عن عقد صحيح ومنتج

---

(١) د . السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٠ وما بعدها .

لكافة آثاره[1] .

و - أن يكون الدينان قابلين للحجز

فلا تصح المقاصة بين دين يقبل الحجز وآخر لايقبل الحجز ، لأن المقاصة وفاء إجبارى ، ومالايقبل الحجز لايصح الاجبار على الوفاء به ، فمثلاً لو أقرض زوج زوجته مبلغاً من المال ، ثم حكم لها بالنفقة عليه ، لاتقع المقاصة بين حق الزوج الناشئ عن القرض ، وبين دين النفقة الواجب عليه ، ويجب فى هذه الحالة أن يوفى بدين النفقة ، ثم يرجع بحقه على زوجته ، كذلك لاتجوز المقاصة بين أجر العامل بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل لرب العمل • وغير ذلك مما لايجوز الحجز عليه ، إذ أن هناك طائفة من الأموال لاتقبل الحجز عليها ، وبالتالى لايجوز للدائن أن يستوفى حقه من ثمنها إذا ماسلك طريق التنفيذ الجبرى ، وما المقاصة إلا صورة من صور الوفاء القهرى[2] .

٢ - المقاصة الإختيارية

إذا تخلف أحد شروط المقاصة القانونية السابقة ، فلا تقع المقاصة بقوة القانون ، وعندئذ يجوز أن تقع اختيارياً • مثال ذلك : أن يتخلف شرط تلاقى الدينين أو شرط التماثل أو شرط استحقاق الأداء أو صلاحية الدينين للمطالبة بهما قضاء أو شرط قابلية الدينين للحجز عليهما • فإذا تخلف واحد منها لاتقع المقاصة بقوة القانون ، وإن

---

(١) د• سمير تناغو ، د• محمد حسين منصور ، القانون والإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٧ ، ص ٣٥٧ فقرة ٢٧٠ •

(٢) د • أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ٢٧٥ •

كان يجوز وقوعها اختيارياً بين الطرفين ٠

على أن وقوع المقاصة اختيارياً يتوقف على النزول الصريح أو الضمنى عن الشرط المتخلف ممن له مصلحة فى تحققه ٠ فإذا كان الشرط الذى تخلف مقصوداً به حماية مصلحة أحد الطرفين ، فإنه يجوز لهذا الطرف النزول عن تحققه صراحة أو ضمناً وذلك بإيقاع المقاصة بالرغم من تخلف الشرط ، فلو كان أحد الدائنين مديناً لكفيل المدين أو وصيه ، فيجوز للكفيل أو الوصى أجراء المقاصة بين حقه وبين حق الدائن ٠أو لو كان أحد الدينين مؤجلاً أو مجرد إلتزام طبيعى ، فإنه يجوز للدائن به أن يجرى المقاصة بينه وبين الدين الحالى أو المدنى للدائن الآخر ٠

فإذا كان الشرط المتخلف قد قصد به مصلحة الطرفين معاً ، كما لو اختلف موضوع الدينين ، فلا تقع المقاصة إلا بإتفاقهما ، وتكون المقاصة فى هذه الحالة إتفاقية ٠ وفى جميع الأحوال سواء كانت المقاصة اختيارية أو اتفاقية لاتقع إلا من تاريخ التمسك بها فى الاختيارية ، والإتفاق عليها فى الاتفاقية ، شريطة ألا تضر بالحقوق التى يكون الغير قد كسبها[1]

٣ ـ المقاصة القضائية

هى المقاصة التى يجريها القاضى حيث يتخلف شرط من شروط المقاصة القانونية ، مما يستطيع القضاء إستكماله ، وذلك الشرط هو الخلو من النزاع ومعلومية المقدار ٠وسميت بذلك لأن القضاء هو الذى يحسم النزاع القائم فى حالة تخلف هذا الشرط ، وبالتالى فإنها صورة

---

(١) د ٠ إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٢٥ فقرة ٢٦٦ ٠

من صور المقاصة لاتختلف عن المقاصة القانونية ، اللهم إلا تطرق القضاء - بناء على طلب أحد الخصوم - لحسم أمر كان عدم حسمه مانعاً من وقوع المقاصة القانونية ٠ فإذا ماحسم القاضى النزاع القائم أمكن له أن يوقع المقاصة ، لأن العائق الذى كان يمنع من وقوعها قد زال ، وزوال هذا العائق قد تم بالحكم الذى حسم النزاع ، ومن ثم فإن شروط المقاصة لاتعتبر قد توافرت إلا من تاريخ الحكم فى النزاع المعروض ، وهو التاريخ الذى تقع فيه المقاصة ٠

ويكون طلب الخصم من القاضى أن يوقع المقاصة بدعوى أصلية أو بطلب عارض ، وليس فى صورة دفع ٠ومن ثم فلا يقبل إثارة موضوع المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الإستئناف[1]٠

هل الظفر بالحق مقاصة ؟

بعد الإستعراض السريع للمقاصة وأنواعها قد يتوهم بأن الظفر بالحق ماهو إلا نوع من المقاصة ، حيث يحصل فيه صاحب الحق على حقه أو على مايماثل حقه المجحود ، ومن ثم فإن عمله يكون له مايبرره ، والحقيقة أن مسألة الظفر هذه خارجة تماماً عن المقاصة بأنواعها الثلاث ٠ ذلك أن حق الظافر فيها متنازع عليه ، إذ الفرض أنه حق مجحود ، ومن ثم فإن شرط الخلو من النزاع يكون غير محقق، وبالتالى فإن إعتبارها مقاصة يتوقف على حسم القضاء لهذا النزاع ، لا على مجرد انتصاف المرء لنفسه ، كما أن الظفر لاتقع به المقاصة الاختيارية ، إذ الفرض أنها تقع لمصلحة من اختل الشرط لمصلحته ، والواضح فى مسألة الظفر أن الشرط المختل إنما هو لصالح الطرف الذى ظفر بماله وليس لصالح الظافر ، ومن ثم فإن

---

(1) د٠ أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧ ومابعدها٠

التمسك بالمقاصة من الظافر لايصح ، فإن قام بإجرائها الطرف الآخر نكون أمام مقاصة اختيارية ، حيث يعتبر اجراء المقاصة فى هذه الحالة اعتراف ضمنى ممن جحد الحق قبل ذلك به ، وهذا الإعتراف يزيل العائق الذى كان يمنع المقاصة ، ومتى زال العائق وقعت المقاصة بقوة القانون إذا توافرت بقية شروطها ، وإلا كانت مقاصة اختيارية ، على أنها لاتقع فى هذه الحالة إلا من تاريخ التمسك بها من قبل من اعترف بالحق، وليس من تاريخ هذا الإعتراف•وعلى أن ينقضى الدينين بقدر الأقل منهما بشرط ألا يضر بحقوق للغير يكون قد اكتسبها •

هذا ولم يغفل المشرع المصرى النص صراحة على أن مسألة الظفر هذه لاتقع بها المقاصة • حيث نص صراحة فى المادة ٣٦٤ مدنى على مايلى " تقع المقاصة فى الديون أياً كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية : أ -إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده ، ب - إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوب رده • ج - إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز " •

ومعنى ذلك أن المقاصة لاتقع بالرغم من توافر شروطها السابق الإشارة إليه ، وذلك فى حالات ثلاثة أحدها يمثل شرطاً فى المقاصة القانونية وهو " إذا كان أحد الدينين حقاً غير قابل للحجز " ومن ثم فإنه يتبقى حالتان مستثنتان من وقوع المقاصة بالرغم من توافر شروطها وهى :

أ - إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوب رده •

والمقصود بالإنتزاع هنا ليس فقط أخذ الشئ بالقوة ، ولكنه يعنى أيضاً أخذ الشئ خلسة من مالكه ، كالسرقة ، أو تدليساً عليه كالنصب، أو وجده عرضاً وهو يعلم صاحبه . فإذا ماتم الإنتزاع بأى طريقة من هذه الطرق فإن المالك يجوز له أن يطالبه برده . فإذا ماكان النازع دائناً لصاحب الحق بمثل مانزع عنوة أو خفية ، فإنه ليس له أن يتمسك بالمقاصة فى هذه الحالة ، إذ أنه ملزم بالرد للشئ الذى أخذه دون وجه حق ، وليس هذا إلا تطبيق للقاعدة العامة التى تقضى بأنه " ليس للشخص أن يأخذ حقه بيده" [1] .

ذلك أن الإنتزاع عمل غير مشروع ، ومن ثم وجب ألا يفيد المنتزع من هذا العمل ، وبالتالى يحرم من التمسك بالمقاصة . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإنه لو أجيز للمنتزع أن يتمسك بالمقاصة لكان من السهل على أى شخص أن يقتضى حقه بيده عن طريق إنتزاع شئ مملوك لمدينه ، ثم يتمسك بالمقاصة بين حقه وبين دينه وذلك بمنع الرد .

فإذا كان هذا حال المنتزع لحق معلوم غير مجحود فإن المنع من الظافر لحق مجحود أولى ، إذ الظفر ماهو إلا إنتزاع على الوجه المبين ، ومن ثم لايصح للظافر أن يتمسك بالمقاصة بين ماظفر به وبين حقه المجحود ، فالمنع من المقاصة فى هذه الحالة أولى ، فضلا عن عدم اعتبار مسألة الظفر مقاصة على نحو ماسبق بيانه .

([1]) د.عبد الرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨وما بعدها . د. أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧ . د.اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤١٩ . وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٣ ص ٢٧٤ .

يضاف إلى ذلك أن الظفر بالشئ عنوة أو خفية من يد المدين دون رضائه لايعتبر وفاء ، وبالتالى يصبح الدائن مدينا ، بموجب العمل غير المشروع ، وذلك برد ماظفر به ، وإن كان ماظفر به معادلا لقيمة حقه المجحود ، ولا يبرر الجحود للحق فى هذه الحالة التمسك بالمقاصة ، إذ له أن يثبت هذا الحق أمام القضاء إذا ماطالب به قضاء – على نحو ماسيبين فى الفرع التالى – كما لايشفع للظافر فى هذه الحالة أن القواعد العامة تقضى بوقوع المقاصة بين ما انتزعه أو ظفر به وبين دينه الذى له فى ذمة المدين ، صاحب الشئ الذى انتزعه أو ظفر به ، ولكن القانون منع المقاصة فى هذه الحالة ، إمعانا فى الضرب على أيدى الدائنين الذين ينتزعون حقوقهم بأيديهم من مدينيهم، وكان يجب عليهم أن يلجأوا إلى القضاء بدلا من هذا العمل غير المشروع ، وذلك حتى لايلجأ أحد إلى استيفاء حقه بغير الوسائل القانونية [1].

ب – إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده ، فإذا استعار شخص شيئا أو كان مودعا لديه ، ثم أصبح دائنا بمثل ما استعار أو ما أودع لديه ، فليس لمثل هذا الشخص فى هذه الحالة أن يتمسك بالمقاصة متى كان المودع أو المعير من حقه أن يطالب برد الوديعة أو العارية ، وذلك احتراما لمبدأ الثقة الذى يجب أن يسود المعاملات [2].

---

[1] د. السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٠٥٩ وما بعدها ، د. سمير تناغو ، أحكام الإلتزام والاثبات ، ١٩٨٩/٨٨ ، ص ٥٣٨ وما بعدها ، فقرة ٤٠٤ .

[2] د. عبدالرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .

وبهذا يتضح أن الظافر بالحق لايجوز لـه أن يجحد الوديعـة أو العارية اقتضاء لحقه مدعيا أن ذلك من بـاب المقاصـة ، حيث حظـر القانون على المودع أو المعير التمسك بالمقاصة إذا ماكان مطالبا بـرد الوديعة أو العارية ، ومن باب أولى فليس للظافر بالحق المجحـود أن يتمسك بها ويجحد هو الآخر الوديعـة التى عنده أو العاريــة التــى استعملها .

وإذا كان لايجوز - على هذا النحو - للظـافر بـالحق أن يتمسك بالمقاصة اقتضاء لدينه المجحود ، فليس له من سـبيل إلا اللجـوء إلـى القضاء لاقتضاء هذا الحق ، ولا يصرفه عن هذا الطريق افتقاره إلى الدليل الذى يثبت هذا الحق به ، إذ القانون قد فسح له المجـال لاثباتـه عن طريق توجيه اليمين الحاسمة لخصمه أمــام القضــاء ، وهـو مانعرض له فى الفرع التالى .

الفــرع الثانـــى

كيفيـة إثبـات الحـق المجحـود

تمهيـــــــد

إن صاحب الحق المجحود الذى لابينة معه لاثبات حقـه قد يلجـأ إلى عملية الظفر لانتزاع هذا الحق من جاحده ، وهو يرى أنه لاسبيل أمامه سوى الظفر بحقه متى أمكنه ذلك ، فيتحين الفرصة تلو الأخرى لانتزاع هذا الحق مـن جـاحده ، لاعتقـاده اليقينـى أنـه لاسـبيل أمامـه سوى هذا الطريق ، إذ يعتقد أن باب القضاء قد وصد أمامـه لافتقـاره

إلى البينة التى يثبت بها حقه ، ومن ثم فهو يرى أن عملية الظفر التى يقوم بها ماهى إلا قصاص لحقه المجحود .

ولما تبين لنا أن الظفر بهذا الحق لايعد مقاصة بأى صورة من الصور، فإنه لابد من كشف النقاب عن طريق يعيد لصاحب الحق المجحود حقه دون أن ينتصف لنفسه بذلك،فتعم الفوضى ويكثر الفساد.

ولقد أوضح قانون الإثبات المصرى هذا الطريق الذى ينبغى على صاحب هذا الحق أن يسلكه ، فقد قرر القانون أن للخصم فى حالة افتقاره لدليل اثبات طلبه أن يطلب من القضاء - بعد رفع الدعوى اليه - أن يوجه اليمين إلى الخصم ، باعتبار اليمين دليل من أدلة الإثبات ، ويمكن توضيح ذلك فيما يلى :

تعريف اليمين

اليمين هو قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق مايقول أو على إنجاز مايعد ، ويستنزل عقابه إذا ماحنث [1] ، فهو إشهاد الله تعالى على صدق مايقول الحالف ، أو على عدم صدق مايقول الخصم الآخر [2] .

وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف " أحلف " [3] ويذكر الصيغة التى تقررها المحكمة ، ويعتبر اليمين عملا دينيا ، ولذلك

---

(1) د. محمد يحيى مطر ، مسائل الإثبات فى القضايا المدنية والتجارية، الدار الجامعية ، ١٩٩١ ، ص ٣٠١ .

(2) د. عبدالرازق حسن فرج ، شرح قانون الاثبات ، ١٩٩٣ ، ص ١٠٥ فقرة ١٠٧ .

(3) م ١٢٧ من قانون الإثبات المصرى .

فإن من يكلف بحلف اليمين،فإنه يؤديه وفقاللأوضاع المقررةفىديانته[1]

واليمين كطريق من طرق الإثبات نوعان : قضائية وغير قضائية . أما اليمين القضائية ، فهى التى توجه إلى الخصم وتحلف أمام القضاء ، وأما اليمين غير القضائية ، فهى التى يتفق على حلفها خارج مجلس القضاء . ولقد اقتصر المشرع المصرى على تنظيم اليمين القضائية ، أما اليمين غير القضائية فيتبع فى شأنها القواعد العامة . ويعتبر حلف اليمين فى حد ذاته واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات [2] .

واليمين القضائية - التى نظمها المشرع - نوعان : يمين حاسمة يوجهها الخصم إلى خصمه محتكما إلى ضميره ليحسم بها النزاع ، ويمين متممة ، وهى التى يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين ليستكمل بها أدلته ، وواضح من هذا أن مجال بحثنا إنما يكون فى اليمين الحاسمة التى تكون عند افتقار الخصم إلى دليل إثباته، ولذا فإننا نزيدها إيضاحا فيما يلى :

تعريف اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هى اليمين التى يوجهها الخصم إلى خصمه - أمام القضاء - حسما للنزاع ، إذا ما أعوزه الدليل الذى يحدده القانون لاثبات ما يدعيه [3] . فهى وسيلة تغنى عن الإثبات ، عندما

(1) م ١٢٨ اثبات مصرى .

(2) د. يحيى مطر ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ ، د. عبدالرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(3) د. اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الثانى ، أحكام الإلتزام والإثبات ، ١٩٦٧ ، ص ٥٢٦ فقرة ٣٤٨.

لايوجد دليل على الحق المدعى به ، ومن ثم فمن حق أى خصم يدعى حقا لادليل له عليه أن يحتكم إلى ذمة خصمه ، بتوجيه اليمين الحاسمة إليه [1] .

ومن هذا التعريف يتضح أن اليمين الحاسمة هى التى يثبت بها الحقوق التى لادليل عليها أمام القضاء ، ولذا فإنها يمين حاسمة للنزاع المعروض . فمثلا : إذا ادعى شخص أن له دينا فى ذمة آخر بمبلغ معين أقرضه إياه ، وليس معه دليل لإثبات هذا القرض - لسبب أو لآخر - ، فإنه قد يرى - لافتقاره إلى دليل إثبات حقه - أن يحتكم إلى ذمة خصمه ، فيطلب منه أن يحلف اليمين - أمام القضاء - ، ومن ثم يحسم النزاع لمصلحة من طلبها ، إذا نكل عن اليمين من وجهت إليه ، أو لمصلحة من حلفها ، حيث ترفض دعوى الخصم فى هذه الحالة . والواقع أن القانون هو الذى يخول من يعوزه الدليل الحق فى الإحتكام إلى ذمة خصمه ، ولكن عندما يمنحه هذا الحق يعين آثاره ، وهى تنحصر فى قبول الطلب أو الدفع أو الرفض، بحسب ما إذا كانت اليمين التى توجه ، تؤدى أو ترد أو ينكل عنها [2] .

وبهذا يتضح أن اليمين الحاسمة إنما هى ملك للخصوم ، ولا يستطيع القاضى أن يوجهها من تلقاء نفسه ، وذلك بعكس اليمين المتممة التى يوجهها القاضى لاستكمال دليل قدم إليه [3] ، ويلتزم

---

(1) د. سمير تناغو ، أحكام الإلتزام والاثبات ، ١٩٨٩/٨٨ ، ص ٥٧٤ فقرة ٤٣٦ .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٤٤٥ وما بعدها .

(3) نقض مدنى فى ١٩٧٠/٤/٧ (طعن ٥٤ لسنة ٣٦ ق) ، نقض مدنى فى ١٩٧٧/٥/٣٠ (طعن ٧٠ س ٤٤ ق) .

القاضى بإجابة طلب توجيه اليمين الحاسمة ، متى توافرت شروطها [1] ، إلا إذا تبين له أن طالبها متعسف فى هذا الطلب [2] كأن تكون الواقعة المراد تحليف اليمين عليها غير محتملة الصدق ، أو كذبتها مستندات الدعوى ، أو كانت غير منتجة فى الدعوى ، أو كانت الواقعة المراد اثباتها باليمين الحاسمة ، مخالفة للنظام العام ، كدين قمار مثلا ، أو رأى القاضى أن طالب اليمين قد استغل ورعا فى الخصم الموجه إليه اليمين الحاسمة ، فيعمد إلى احراجه بتوجيه اليمين الحاسمة إليه وهو يعلم أنه لن يحلفها [3] .

ولما كانت اليمين الحاسمة - على هذا النحو - تحسم الحق ، فهى تصرف قانونى لابد فيه من توافر أهلية التصرف بالنسبة لمن يوجهها وبالنسبة لمن توجه إليه ، ويجوز توجيهها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ، ولكن لايجوز توجيهها لأول مرة أمام محكمة النقض ، على أن من وجهها يتقيد بها ، ومن ثم لايجوز له أن يرجع فى توجيهها متى قبل خصمه أن يحلف [4] .

---

(1) راجع فى شروط قبول اليمين الحاسمة : المادة ١١٥ من قانون الاثبات ، حيث نصت على أنه " لايجوز توجيه اليمين الحاسمة فى واقعة مخالفة للنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت اليه ، فإن كانت غير شخصية انصبت على مجرد علمه بها " .

(2) نقض مدنى فى ١٩٨٠/٤/٣ (طعن٧٠٣ س ٤٧ ق) .

(3) د. عبدالرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ ، د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٥٧٤ .

(4) د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٥٧٥ . انظر : م ٣/١١٣ اثبات مصرى .

آثار اليمين الحاسمة

إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى الخصم ، فإما أن يحلفها ، وإما أن يردها ، وإما أن ينكل عنها [١] .

فإذا حلف من وجهت إليه اليمين ، فإن موجهها يكون قد خسر دعواه ، ولايجوز له أن يثبت كذب اليمين بدعوى مدنية مبتدأة ، ولا أن يطعن فى الحكم الصادر بناء على حلف اليمين ، حيث يجب على القاضى فى هذه الحالة إصدار حكمه على من وجه اليمين . على أن من وجه اليمين أن يثبت كذب من حلفها بدعوى جنائية ، فإذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى طبقا للمادة ٣١٠ من قانون العقوبات ، فإنه يجوز لموجه اليمين ، الذى أصابه ضرر من حلفها ، أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر ، دون إخلال بما يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده بناء على حلف اليمين ، إن لم تكن مواعيد الطعن القانونية قد استنفدت .

أما رد اليمين فهو إعادة توجيه اليمين إلى من وجهها أولا ، ولذا فإنه يشترط لجواز الرد ، أن تكون الواقعة موضوع اليمين متعلقة أيضا بشخص من وجهها فى الأصل . وعلى ذلك فلا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لايشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين [٢] . ويجب أن يكون الرد واقعا على ذات اليمين الموجهة ، ويترتب على رد اليمين لمن وجهها

---

(١) د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٥٢٩ ، د. عبدالرازق فرج ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ ، د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٥٧٥ ، د. يحيى مطر ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ص ٤٤٥ .

أن يلزم من وجهها فى الأصل بأن يحلفها أو ينكل عنها ، فليس له أن يردها ثانية على خصمه .

أما إذا نكل عن اليمين من وجهت إليه ابتداء ، أو من ردت عليه ، فإنه يخسر الدعوى [1] . والنكول عن اليمين يعنى رفض حلف اليمين ، وهذا النكول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا مستفادا من سلوك الخصم . ويعتبر نكولا عن أداء اليمين حضور من وجهت إليه اليمين ، وامتناعه عن أدائها دون أن ينازع فيها ، أو تخلفه عن الحضور دون عذر مقبول . ويجب على القاضى فى حالة النكول عن اليمين أن يحكم لصالح خصم من نكل عن اليمين .

وعلى الجملةفإن من توجه إليه اليمين إما أن يحلفها فيكسب دعواه، أو ينكل عنها فيخسر دعواه، أو يردها على خصمه الذى وجهها إليه فينتقل الخيار إلى الخصم، وهذا بدوره إما أن يحلف اليمين فيكسب دعواه ،أوينكل عنها فيخسردعواه، ولكنه لايستطيع أن يردها من جديد .

وهكذا نجد أن اليمين الحاسمة لابد وأن تحسم النزاع المعروض، بل يجب أن تحسم النزاع كما قضت بذلك محكمة النقض [2] ومن ثم فإن القول بأن صاحب الحق المجحود ليس له من سبيل سوى الظفر بحقه متى أمكنه ذلك ، هو قول غير سديد ، ويفتقر إلى الدليل المنطقى فضلا عن الدليل القانونى . ولهذا فإن لصاحب الحق المجحود أن يلجأ إلى القضاء لاثبات حقه ، لا أن ينتصر لنفسه ويظفر بمثل حقه بنفسه ، مما قد يعود بنا إلى عصر الفوضى ، واكتساب الحقوق بالقوة .حيث لم يعد لهذا العصر وجود فى ظل التقدم

---

(1) م ١/١١٨ اثبات مصرى

(2) نقض مدنى فى ١٩٥٢/٤/٢٤ (طعن رقم ١٩٨ س ٢٠ ق)

القانونى المعاصر.حيث لم تترك التشريعات القائمة لأصحاب الحقوق التى لا اثبات لها الفرصة لاكتسابها بأنفسهم ، بل نظمت لهم الطرق القانونية المحددة لاثباتها أمام القضاء . وبالتالى لاتدع هذه التشريعات فرصة لهم أن يظفروا بها . فمن كان له حق عند آخر وليس معه دليل لاثبات هذا الحق ، فى الوقت الذى جحد هذا الحق من كان عنده، فإنه ليس له أن يأخذ حقه بيده ، وما عليه إلا أن يلجأ إلى القضاء - بالرغم من عدم وجود دليل معه لاثبات هذا الحق - والقانون هو الذى يحدد له كيفية اثبات هذا الحق أمام القضاء ، حيث نظم القانون اليمين كدليل لاثبات الحقوق أمام القضاء ، وخص منها اليمين الحاسمة التى يوجهها الخصم إلى خصمه عندما يفتقر إلى دليل إثبات حقعه ، وهذه اليمين من شأنها حسم النزاع . وبهذا نعلم أن طرق الإثبات القضائية نظمت هذه الحالة . ومن ثم فلا ضياع للحقوق وبالتالى لايسوغ للمرء أن يثأر لنفسه ، ويسترد حقه بيده ، فيظفر به إن وجده ، أو بمثله إن لم يجده ، ويسلك فى سبيل ذلك طرقا شتى ، فهو ينتهز الفرصة تلو الفرصة لكى يظفر بهذا الحق ، وقد يتخذ - فى سبيل ذلك - طرقا تعد فى نظر القانون جريمة ، وبالتالى يوقع نفسه فى شراكها ، فيجرم القانون فعله ، فى الوقت الذى يريد الحصول فيه على حقه .ولهذا فإن اللجوء إلى الطرق القانونية لاستيفاء الحقوق أولى من اللجوء إلىالتفكير الذاتى لاقتضاء هذه الحقوق، مهما كانت الغاية نبيلة، فإن الوسيلة إليها غالبا ماتكون غير ذلك .

ولاينثنى صاحب الحق المجحود عن اللجوء إلى القضاء ، الزعم بأن الخصم الذى عنده الحق ، ليس له من الورع والتقوى ما يحمله على عدم الكذب إن وجهت إليه اليمين الحاسمة أمام القضاء ، بدليل أنه قد جحد حقه وأنكره ، حيث يمكن لصاحب الحق ، إن

حلف خصمه وكان كاذبا ، أن يرفع بذلك دعوى جنائية يثبت فيها كذب يمين خصمه ، وهى واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات ، بالرغم من وقوعها أمام القضاء المدنى ، وله كذلك أن يطعن على الحكم الصادر ضده بناء على حلف خصمه ، متى كانت مواعيد الطعن فى هذا الحكم لم تنته بعد . وبهذا يستطيع صاحب الحق أن يحصل على حقه إما بطريق الطعن على الحكم الصادر ضده، أو برفع دعوى جديدة يثبت بها كذب خصمه فى حلفه اليمين الحاسمة أمام القضاء ، فإذا ماثبت ذلك بحكم جنائى استطاع أن يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر من جراء ذلك [1] .

فإذا لم يستطع صاحب الحق الحصول على حقه من خلال هذا الطريق القانونى المحدد ، فليس له بعد ذلك إلا أن يلوم نفسه ، لتقصيره فى الحصول على الدليل الذى يثبت به هذا الحق ابتداء ، ولا ينبغى أن يكون تقصير المرء حجة فى سلوك الطريق غير المعهود قانونا ، ولهذا فلا يدعى الظافر بحقه بأنه قد أعيته الطرق لأخذ هذا الحق ، ولم يجد بدا من الظفر به . فطريق اثبات مثل هذا الحق سهل ميسور كما عرضنا له الآن ، فأى خروج عليه هو خروج عن الطريق القانونى السليم .

وخلاصة القول فإن الظفر بالحق من وجهة نظر القانون المدنى لايعد مقاصة بأى حال من الأحوال ، لافتقاره إلى شروط المقاصة

---

(1) راجع فى ذلك : م ١١٧ إثبات مصرى ، د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الثانى ، ١٩٨١ ، ص ٥٥٩ فقرة ٢٩١ . د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٥٢٩ . د. يحيى مطر ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ .

القانونية ، كما لايعد مقاصة اختيارية أو قضائية ، لاعتماده على القصاص من صاحب الحق نفسه ، وليس هذا بمقاصة اختيارية ولا قضائية ، ومن ثم فإن عملية الظفر لاتعد مقاصة يعترف بها الأفراد فيما بينهم ، فضلا عن عدم اعتراف القانون بها . كما يتضح أيضا أن الحقوق المجحودة ليست عرضة للضياع على أصحابها ، فقد نظم لها القانون طريقا لاثباتها ، وهى اللجوء إلى اليمين الحاسمة أمام القضاء ، وبالتالى فلا خوف عليها ، بالرغم من إنكارها ، حتى فى الحالة التى يحلف فيها الخصم كذبا لاتضيع هذه الحقوق ، حيث يجوز لصاحبها إما الطعن على هذا الحكم ، الصادر بناء على اليمين الكاذب، بطرق الطعن المقررة قانونا ، أو برفع دعوى جنائية جديدة يثبت فيها كذب خصمه فى يمينه . وله اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات، فإن لم يحصل على حقه بالرغم من ذلك فليس له أن يظفر به ، لأن عملية الظفر هذه ماهى إلا انتزاع للحق بوسائل غير مشروعة ، والوسائل غير المشروعة لايبررها الغايات النبيلة ، وإنما له أن يحصل على حقه بتدخل أهل الخير لاسترجاع هذا الحق ممن جحده ، وكثيرا ما تنجح هذه الوسيلة فى حل كثير من المشاكل بين الناس . أما اللجوء إلى الظفر وأخذ الحق بالقوة أو التدليس فكثيرا مايؤدى إلى عواقب وخيمة ونتائج لاتحمد لها عاقبة . وفى هذا استفادة لكل أحد أن يحصل لحقه على دليل اثباته ، خوفا من ضياعه، أو على الأقل ضياع وقته ومجهوده .

بيد أن عملية الظفر هذه قد تتأتى بأفعال يجرمها القانون . ولذا كان لزاما علينا أن نوضح السلوك الذى يتخذه الظافر بحقه من وجهة نظر قانون العقوبات ، وعما إذا كان عمله هذا يمثل جريمة أم لا ؟ وهذا ماسوف نعرض له تفصيلا فى المبحث التالى :



المبحث الثانى

أحكام الظفر بالحق فى قانون العقوبات

تمهيد وتقسيم

يهتم قانون العقوبات بسلوك الأفراد ، ومدى مطابقتها لأوامر القانون ونواهيه ، ومن ثم فإنه يحدد سلوك الأفراد التى تخالف القانون ويرتب لها عقوبات مختلفة ، فكل فعل يرتكب بالمخالفة لأحكام القانون تكون له العقوبة المناسبة التى ينص عليها القانون ، حيث أن القاعدة العامة فى القانون الجنائى هى أنه،لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص . ولهذا فإن السلوك المخالف للأفراد يشكل جرائم معينة نص عليها القانون ، كما وضع لها العقوبات المناسبة .

وإذا نظرنا إلى صاحب الحق المجحود نجد أن القانون قد بين له الطريق لاستيفاء حقه - كما بينا فى المبحث الأول - ، ومن ثم فليس له أن يسلك غير الطريق المعهود الذى رسمه له القانون للحصول على هذا الحق ، فإذا مااتخذ طريقا آخر غير الذى وضحه له القانون ، فإن عمله هذا قد يشكل جريمة يعاقب عليها القانون . ولهذا فإن بحث أعمال الظافر بحقه من الأهمية بمكان لمعرفة ما إذا كان هذا العمل مشروعا أو غير مشروع .

ذلك أن عملية الظفر بالحق قد تتم بصورة عفوية ، كأن يجد الظافر مالا ضائعا لغريمه فيظفر به قصاصا لحقه - فى زعمه - دون سعى إلى ذلك . وقد تتم عملية الظفر بالسعى إليها ، فيظفر صاحب الحق بمال لغريمه رغما عن إرادته ، سواء تم ذلك خفية منه أو بطريق القوة ، وأخيرا قد تتم عملية الظفر بإرادة ممن جحد الحق،

بأن سلم صاحب الحق مالا – أمانة أو وديعة – فظفر بها صاحب الحق ، أخذا بحقه أو جحدها كما جحد هو ماله وأنكره . ولذا فإن بحث عملية الظفر بالحق فى نطاق قانون العقوبات يشتمل على ثلاثة أفرع يمكن تفصيلها على النحو التالى :

الفرع الأول

الظفر بمال ضائع

يمكن القول بداية بأن عملية الظفر إنما تعنى نقل الشئ أو نزعه من حيازة صاحبه بدون رضاه ، فهى اختلاس للحيازة أو استيلاء عليها ، وقد يتحقق الإختلاس أو الاستيلاء بعنصره المادى فقط ، وقد يتحقق ذلك بعنصريه المادى والمعنوى ، وفى هذه الحالة يكون الاختلاس عبارة عن فعل مادى ، بواسطته ينتقل شئ ما من حيازة واضع اليد الشرعى عليه – صاحبه الأصلى – إلى حيازة المستولى، وذلك بغير علم الأول أو رغم مشيئته ، وعلى هذا الأساس فإن الاختلاس عبارة عن عملية أخذ وخطف فى ذات الوقت [1].

وإذا كان الاختلاس يتم بعملية نقل الحيازة فقط – العنصر المادى – ، أو بعملية نقل الحيازة مع نية التملك – العنصر المادى والمعنوى – فإن عملية الظفر لايتصور وجودها إلا بعنصريها المادى والمعنوى ، حيث ينقل الظافر الشئ محل الظفر إلى نفسه

([1]) د. عمرو الوقاد ، المرجع السابق ، ص ٨ .

قاصدا تملكه ، إذ الفرض فيه أنه يريد الحصول على حقه . ومن ثم فإنه يقوم بعملية الإختلاس بعنصريه المادى والمعنوى .

ويمكن القول بداية أيضا بأن المال الضائع هو مال خرج من حيازة مالكه لسبب خارج عن إرادته ، فهو مال انفصل عن حيازة صاحبه بغير تسليم منه ، إذ التسليم يفترض حركة مادية تتمثل فى المناولة أو النقل ، وهذه الحركة تفترض وجود طرفين أحدهما هو المسلم والآخر هو المتسلم ، ومن البديهى أن من يفقد السيطرة المادية على الشئ – بضياعه – لايمكنه أن يناوله أو ينقله . فلا يمكن القول بأن مالكه قد سلمه لمن عثر عليه ، وإنما يصل الشئ إلى يد الأخير بفعل الإلتقاط [1] .

وعلى ذلك فإن الأشياء الضائعة هى أشياء منقولة مملوكة لشخص معين ضاعت منه ، فانقطعت حيازته لها ، لكنه لم يزل متمسكا بملكيتها ، ساعيا للبحث عنها واستردادها دون أن تدخل فى حيازة شخص آخر ، ولو كان هذا الشخص هو ملتقطها ، فإذا كان فعل الإلتقاط يفترض أن الشئ وقت التقاطه لم يكن فى حيازة أحد ، حيث أن مالكه قد فقد السيطرة المادية عليه ، إلا أنه لم يفقد – على الرغم من ذلك – ملكيته ، فهو المالك له ، ولا يسمح بنقل ملكيته إلى شخص آخر ولو كان هو ملتقطه . ومعنى ذلك أن المالك فى هذه الحالة لم يفقد سوى السيطرة المادية على الشئ المفقود ، حيث لم يعد

---

(1) المستشار الدكتور / مراد رشدى ، الإختلاس فى جرائم الأموال ، نادى القضاة ، ١٩٨٧ ، ص ٢٥٧ فقرة ١٨١ .

فى مكنته استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه [١].

ومعنى ذلك أن من ظفر بمال لغريمه ضائع منـه ، فـإن الظـافر لايتملك هذا المال ، بالرغم من فقد صاحبه حيازته المادية عليـه ، إذ الفقد للشئ يزيل عن صاحبه السيطرة المادية عليه دون حق ملكيتـه ، وبالتالى فـإن الملكيـة لهذا الشئ المفقود تظل لصاحبـه ، ولا يسـمح بنقلها لشخص آخر ولـو كـان هذا الشـخص هـو حـائزه بالتقاطـه لـه ، سواء التقطه بنية تملكه أو بغير نية تملكه . ففى كل الأحوال لاتـزول ملكية الشئ الضائع عـن صاحبـه بالتقاطـه مـن جـانب شـخص آخـر ، ولو كان هو الظافر بحقه .

والواقع أنه لانزاع فى أن التقاط الشئ الضـائع لايشـكل اختلاسـا تقوم به جريمة ، إذا وقع من الملتقط بغير نية التملـك ، علـى أسـاس أن الركـن المعنـوى للجريمـة - نيـة التملـك - يكـون منتفيـا . لكـن المشكلة تثور فعلا إذا كان الالتقاط مقترنـا بنيـة التملـك ، ولا يشـترط أن تكون نية التملك قد وجـدت عنـد الملتقـط حـال عثوره علـى الشـئ الضـائع ، وإنما يصح أن تنشأ بعد ذلك فتتوافر بها جريمة تملك الشـئ الضـائع [٢] .

والذى لاشك فيه أن الشئ بضياعه لم يخرج عن سيطرة صاحبـه بأى تصرف من التصرفات ، وإنما خـرج عـن هـذه السيطرة بحـدث

---

(١) د. مـراد رشـدى ، المرجـع السـابق ، ص ٢٥٩ فقـرة ١٨٤ . المستشـار / مصطفى مجدى هرجه ، التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضـاء ، نادى القضاة ، الطبعة الثانية ١٩٩١ - ١٩٩٢ ، ص ١٢٠١ وما بعدها .

(٢) نقض جنـائى فـى ١٩٦٢/١٢/٣١ (مجموعـة القواعـد الجنائيـة س ١٣ ص ٨٩١ رقم ٢١٦) .

فجائى لايمت إلى إرادة صاحب الشأن بصلة ، وهذا الواقع هو الذى يجعل المال الضائع فى حكم المال المحاز ويجعل التقاطه فى حكم اختلاسه ، إن وجدت نية تملكه بالتقاطه ، وهذا هو الذى عناه المشرع المصرى بالمادة ٣٢١ مكررا عقوبات ، المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ والتى نظمت حكم الأشياء الضائعة . حيث نصت على أن " كل من عثر على شئ أو حيوان فاقد ولم يرده إلى صاحبه متى تيسر له ذلك أو لم يسلمه الى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام ، يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لاتجاوز سنتين إذا احتبسه بنية التملك . أما إذا احتبسه بعد انقضاء تلك الفترة بغير نية التملك ، فتكون العقوبة الغرامة التى لاتجاوز مائة جنيه " [١] وبهذا ألزم القانون كل من يعثر على شئ أو حيوان مفقود وتعذر عليه رده إلى صاحبه فى الحال أن يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام ، وإلا عد مرتكبا لمخالفة عقوبتها الغرامة . أما إذا كان حبس الشئ الضائع وعدم تسليمه مقترنا بنية التملك ، وهو يعلم أن هذا الشئ مملوك للغير ، كان ماوقع منه مشكلا لجنحة عقوبتها الحبس مدة لاتجاوز سنتين [٢] .

ويتضح من ذلك أن المشرع المصرى لم يطبق على هذه الجريمة عقوبة السرقة ، المنصوص عليها فى القانون ، إذ الإلتقاط للشئ الضائع لايعنى الإختلاس الذى تقوم به جريمة السرقة ، وإنما

---

(١) هذه المادة مضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الصادر فى ١٩٨٢/٤/١٤ والمنشور بالجريدة الرسمية فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٨٢ ، العدد ١٦ .

(٢) المستشار / مصطفى هرجه ، المرجع السابق ، ص ١٢٠٢ . قرب منه : د. رمسيس بهنام ، بعض الجرائم المنصوص عليها فى المدونة العقابية ، منشأة المعارف ، ص ٥٨١ وما بعدها .

جعل من حبس الشئ الضائع بالمخالفة لأحكام القانون جريمة مستقلة بذاتها عن جريمة السرقة [١] .

وإذا أردنا تطبيق هذه الأحكام بالنسبة للظافر بالحق ، نجد أنه لو التقط مالا لغريمه ، فإن من الواجب عليه - قانونا - أن يرده إليه متى أمكنه ذلك ، فإن لم يتيسر له ذلك فإن الواجب عليه أن يسلمه [٢] إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام ، وإلا عد مرتكبا لمخالفة . هذا إذا التقط المال بغير نية التملك ، فإن التقطه بنية التملك عد مرتكبا لجنحة يعاقب عليها القانون ، متى حبسها بعد الفترة التى نص عليها القانون . والواضح أن الظافر بالحق فى هذه الحالة قد التقط المال بنية التملك ، إذ الفرض أنه يريد الحصول على حقه ، ولا يتم له الحصول عليه إلا إذا نوى تملك المال الملتقط ، فضلا عن ذلك فإن الجريمة تقوم لمجرد علم الملتقط بأن الشئ الملتقط هو ملك للغير ، دون أن يعلم ماهو هذا الغير ، والظافر بالحق يعلم أن المال الملتقط هو ملك للغير ، بل ويعلم تماما صاحبه ، فتشديد العقوبة فى حقه أولى ، حيث الفرض فيه أنه يريد أن يثأر من غريمه. ولذا فإن فعله هذا يشكل جريمة يعاقب عليها القانون ، وذلك لمخالفته لأحكام القانون فى شأن المال الضائع .

---

(١) د. محمد زكى أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ١٩٨٧ ، ص ٦٦٠ .

(٢) يتفق القانون المدنى فى ذلك مع قانون العقوبات ، وإن كان القانون المدنى قد أوجب حد السرقة إذا كانت اللقطة بنية التملك ، وليس كذلك بالنسبة لقانون العقوبات ، فهىجريمة مستقلة عن جريمة السرقة ، كما هو واضح بالمتن . راجع فى الاستيلاء على الأشياء الضائعة فى الفقه المدنى : د. رضا وهدان ، المرجع السابق ، ص ١٩٦ وما بعدها .

وبهذا يتضح أن عملية الظفر بالحق عن طريق التقاط المال الضائع لاتجوز ، وأنها تشكل جريمة ، متى توافرت الضوابط السابقة لقيام هذه الجريمة .

الفرع الثانى

الظفر بالحق رغما عن إرادة صاحبه

تمهيد وتقسيم

قد تتم عملية الظفر بالحق رغما عن إرادة صاحبه فى خفية من هذه الإرادة ، فيخرج المال من ملك صاحبه دون علمه ، وقد تتم هذه العملية بعلم صاحب المال ، ولكن رغما عنه ، كما فى حالة استعمال القوة أو التهديد أو غيرهما . ولذا فإن بحث عملية الظفر بالحق رغما عن إرادة صاحبه ، تشتمل على الغصنين الآتيين :

الغصن الأول

الظفر بالحق رغما عن إرادة صاحبه ودون علمه

علمنا فيما سبق أن عملية الظفر تعنى اختلاس للمال بدون رضاء مالكه أو حائزه . والظافر بالحق يتحين الفرصة لاستيلائه على هذا المال مقاصة لحقه الذى أنكره من كان عنده . ولذا فإنه يقوم بعملية الظفر (الإختلاس) بعيدا عن أعين صاحب المال ، وقد يحاول جاهدا أن يتم الظفر دون علمه ، فإذا ماظفر بحقه أخبر صاحبه بعد

ذلك بأن ما أخذه ليس سوى حقه المجحود ، وأنه ماقام بذلك إلا لعدم وجود مايثبت حقه عنده ، مع إنكاره لهذا الحق . وبهذا يتخيل أنه يقوم بعمل مشروع ، إذ الهدف فى النهاية هو الحصول على الحق المجحود .

ولما كنا قد علمنا بأن القانون قد رسم له الطريق لاستيفاء حقه ، فإنه لايعذر بعدم معرفته لصحيح القانون ومبادئه ، التى إن تمسك بها استطاع الوصول إلى حقه عن طريق القضاء . ولذا فإن عمله الذى يقوم به – بغية الحصول على حقه – لابد وأن يكون فى إطار من الشرعية التى بينها القانون ، فأى خروج على هذا هو خروج على الشرعية . ولذا فإن عملية الظفر التى يقوم بها صاحب الحق رغما عن إرادة صاحبه ، إن تمت دون علمه ، فقد تشكل جريمة يعاقب عليها القانون ، لأنها فى هذه الحالة تعتبر عملية اختلاس للمال ونقله من حيازة صاحبه إلى حيازته شخصيا وإثبات ملكيته عليه .

بيد أن القانون قد اعتبر أن " كل من اختلس منقولا مملوكا لغيره فهو سارق " [1] ومن ثم فإن نقل الجانى للشئ من حيازة المجنى عليه وهو المالك أو صاحب اليد السابقة إلى حيازته الشخصية بغير علم المجنى عليه وبغير رضاه ، يعتبر مكونا للركن المادى لجريمة السرقة ، وعلى ذلك فإنه يجب أن يكون هناك نقل للشئ ، وأن يخرج هذا الشئ من حيازة المجنى عليه ، وأن ينتقل إلى حيازة الجانى ، فإذا لم يكن هناك نقل للشئ ، فإن فعل الإختلاس لايتم ، وبالتالى لاتقع جريمة السرقة ، أو الركن المادى لهذه الجريمة [2] .

---

(1) م ٣١١ عقوبات .

(2) د. على راشد ، القانون الجنائى الخاص ، ١٩٧٢ ، ص ٢٣١ .

فإذا اقترن فعل الإختلاس هذا بنية التمليك ، فإن الركن المعنوى لجريمة السرقة يكون قد توافر جنبا إلى جنب مع الركن المادى . وبهذا تقوم الجريمة بركنيها المادى والمعنوى ، حيث يشترط لتوافر هذه الجريمة أربعة اركان ، وقوع الإختلاس ، على شئ منقول ، مملوك للغير ، مع القصد الجنائى . والقصد الجنائى على وجه العموم يتوافر متى ارتكب الجانى عن علم الفعل الذى يحرمه القانون بالصورة التى يعاقب عليها بها . وفى جريمة السرقة بالذات يجب أن يكون السارق عالما بأنه يختلس شيئا منقولا مملوكا لغيره ، وأنه يختلسه على غير إرادة مالكه وبغير علمه [١] . ولذا فإنه من المقرر أن السرقة تتم بالاستيلاء على الشئ المسروق استيلاء تاما يخرجه من حيازة صاحبه ، ويجعله فى قبضة السارق وتحت تصرفه ، باعتباره مالكا له [٢] على أن تستخلص المحكمة من الوقائع المعروضة مايفيد وقوع جريمة السرقة ، دون التحدث عن ركن الاختلاس استقلالا [٣].

وبهذا يتضح أن كل استيلاء على ممتلكات الغير بسوء نية يعتبر سرقة ، على أنه لاضرورة لتعاصر نية التملك مع فعل الإختلاس [٤].

ولما كانت عملية الظفر التى يقوم بها صاحب الحق المجحود هى اختلاس لمال منقول مملوك للغير بغير رضاه ، وفى خفية منه ، أى بدون علمه ، فإن عمله هذا يعتبر فى نظر القانون سرقة [٥] ،

---

(١) المستشار / مجدى هرجه ، المرجع السابق ، ص ١٢٠٣ .

(٢) نقض جنائى فى ١٩٧٨/١٠/١٥ (الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٤٨ ق) .

(٣) نقض جنائى فى ١٩٨٠/١١/٢٠ (الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٠ ق) .

(٤) د. مراد رشدى ، المرجع السابق ، ص ٢٣١ وما بعدها .

(٥) د. حسن صادق المرصفاوى ، قانون العقوبات الخاص ، منشأة المعارف ، ١٩٧٥ ، ص ٢٨٦ .

ومن ثم فإنه يعاقب عليه ، وإذ كان لايؤثر فى قيام جريمة السرقة عدم الإهتداء إلى معرفة شخص المالك [1] حيث تقوم الجريمة ، متى توافرت أركانها ، بالرغم من عدم معرفة المالك الحقيقى . فإن الظافر بحقه يكون على علم تام بصاحب المال الذى يقوم بالاستيلاء عليه ، وهو يقوم بهذا الإستيلاء قاصدا بسط سلطانه على المال المختلس ، باعتباره حقه من وجهة نظره .

ولما كان القانون قد وضح لصاحب الحق الطريق الذى يستطيع به استيفاء حقه ، فإن عملية الظفر التى يقوم بها - بالمخالفة لأحكام القانون - تعتبر فى حد ذاتها سرقة يعاقب عليها القانون . حيث تتوافر فى هذه العملية كافة أركان جريمة السرقة ، ولا ينفى قيام هذه الجريمة إدعاءه بأنه مافعل ذلك إلا لحصوله على حقه المجحود . فالحصول على هذا الحق له طريق قانونى يختلف تماما عن عملية الظفر . ولهذا فإن عمل الظافر فى هذا الفرض لايستند إلى مبرر قانونى ، بل على العكس يشكل جريمة يعاقب عليها القانون وهى جريمة السرقة .

الغصن الثانى

الظفر بالحق رغما عن إرادة صاحبه مع علمه

قد يمعن صاحب الحق المجحود فى الإنتقام ممن جحده حقه ، فيلجأ إلى الظفر بحقه أمام صاحبه ، مستعملا فى ذلك القوة من أجل أن يحصل على حقه ، وقد تتمثل هذه القوة فى التهديد أو غيره ، مما

---

(1) نقض جنائى فى ١٩٥٩/١/١٢ (الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٢٨ ق) .

يمكنه من استيفاء حقه .

ومن المعلوم قانونا أن اللجوء إلى استعمال القوة لاستيفاء الحقوق أمر يجرمه القانون ، ذلك أن استعمال القوة قد يشكل جريمة الغصب المجرمة قانونا . ولهذا فقد نصت المادة ٣٢٦ عقوبات على أن " كل من حصل بالتهديد على إعطائه مبلغا من النقود أو أى شئ آخر يعاقب بالحبس . ويعاقب الشروع فى ذلك بالحبس مدة لاتتجاوز سنتين " . ويبين من هذا النص أن أركان جريمة اغتصاب المال بالتهديد هى حصول الجانى على مبلغ أو أى شئ آخر ، بغير حق ، مستعملا فى ذلك القوة ، مع ضرورة توافر القصد الجنائى .

ولهذا فإنه يجب لقيام جريمة الإغتصاب بالتهديد أن يتسلم الجانى من المجنى عليه ما أراد الحصول عليه ، نتيجة التهديد . فإذا ماوقفت الجريمة عند حد الشروع ، دون تسلم شئ من المجنى عليه ، فإن الجريمة يعاقب عليها باعتبارها شروعا لاجريمة تامة ، طالما استعمل الجانى التهديد فى ذلك . فإن انتفى التسليم بأن أخذ الجانى المال بنفسه خلسة من صاحبه ، لاتقوم جريمة النصب بل تقوم جريمة السرقة [1] . كما يشترط لقيام جريمة الغصب أن يكون المال المغصوب لاحق للجانى فيه ، فإن كان المال أو الشئ الذى حصل عليه المتهم مملوكا له فلا محل للعقاب ، فالدائن الذى يهدد مدينه للحصول على دين ثابت له شرعا لايعاقب بمقتضى المادة ٣٢٦ عقوبات ، وإن كان يصح أن يعاقب على التهديد باعتباره جريمة قائمة بذاتها ، كما وردت فى المادة ٣٢٧ عقوبات .

---

(١) د. حسن صادق المرصفاوى ، قانون العقوبات الخاص ، طبعة ١٩٧٨ ، ص٣٤٩ وما بعدها .

ويكفى لتوافر التهديد المنصوص عليه فى المادة ٣٢٦ من قانون العقوبات ، أن يكون من شأنه تخويف المجنى عليه ، بحيث يحمله على تسليم المال الذى طلبه منه مهما كانت وسيلته ، ولا يشترط أن يكون مصحوبا بفعل مادى ، أو يكون متضمنا ايقاع الأمر المهدد به فى الحال . وعلى الجملة فإنه يشترط لتطبيق المادة ٣٢٦ عقوبات أن يحصل من الجانى تهديد ، أى إكراه مادى أو أدبى بطريق القوة أو التخويف والوعيد ، وأن يكون استعمال هذا التهديد بقصد الحصول بدون حق على مال أو أى شئ آخر [١] .

ويشترط أخيرا توافر القصد الجنائى ، بأن يكون الجانى عند إقدامه على فعلته عالما أنه مقبل على إغتصاب مال لاحق له فيه ، فلا يسرى النص القانونى إذا كان الفاعل يعتقد أن المال مملوك له ، أو إذا قصد مجرد التهديد ، فدفع إليه من وجه إليه التهديد مبلغا من المال من تلقاء نفسه لاتقاء شره ، فإن توافر القصد الجنائى على هذا النحو فلا عبرة بالبواعث التى تكون قد دفعت الجانى إلى ارتكاب الجريمة ، فهو يستحق العقاب ولو كان لم يرتكب الجريمة إلا لمجرد الرغبة فى الإنتقام [٢] .

من ذلك يتبين أن الظافر بالحق لو استعمل التهديد فى الحصول على حقه ، فإن عمله هذا يكون جريمة إغتصاب المال بالتهديد ، هذا بالرغم من اعتقاده بأنه ماقام بذلك إلا لأجل الحصول على حقه ، فهذا الحق غير ثابت قانونا ، ليكون لاعتقاده هذا سند يبيح له فعلته . فالفرض فى هذا الحق أنه مجحود ومنكر ممن هو عليه ، والفرض

([١]) د.احمد محمد ابراهيم ، قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة ، ص ٤٧٥ .

([٢]) المستشار / مجدى هرجه ، المرجع السابق ، ص ١٢٤٦ وما بعدها .

أيضا أنه لابينة له بهذا الحق . ومن ثم فإن اعتقاده بأنه قام بالتهديد لأخذ حقه لاينهض سندا لقيامه بعملية التهديد . وعلى فرض أنه يقوم بعمل مشروع لاستيفاء حقه ، فإن مجرد التهديد تقوم به الجريمة . ولهذا فإن عمل الظافر فى كل أحواله عمل غير مشروع ، لاسند له من الواقع أو القانون ، ومن ثم فإنه يستحق العقاب ، وهذا كله لأنه سلك طريقا غير معهود ، لم يعترف به القانون أو يقره ، مهما كانت الوسيلة التى استخدمها لتهديد من جحد حقه ، فالنص القانونى الخاص بجريمة الإغتصاب بالتهديد يشتمل على كل وسائل التهديد [1] .

الفرع الثالث

الظفر بالحق وفقا لإرادة صاحبه

تمهيد وتقسيم

قد يكون الظافر بحقه على بينة من أمره ، عالما بمصيره إذا ماظفر بحقه فى الفروض السابقة ، وأنه إن ظفر بمال لغريمه ضائع، وجب عليه رده ، أو ظفر به خفية منه عد سارقا ، أو ظفر به تهديدا عد مرتكبا لجريمة الإغتصاب ، فيحتاط لنفسه من كل ذلك ، ويعمد إلى أن يقوم غريمه بتسليمه شخصيا مالا إليه ، ثم بعد ذلك ينتهز الفرصة ويختلس هذا المال قصاصا لحقه الذى جحده غريمه ، فلا يعرض نفسه للعقوبات السابقة ، ويعتمد فى ذلك على أن غريمه هو

---

(1) نقض جنائى فى ١٩٧٦/١١/٧ (مجموعة أحكام النقض الجنائى س ٢٧ ص ٨٣٩) .

الذى سلمه هذا المال ، وأن ما فعله لايتعدى أن اقتص لنفسه من مـال غريمه الذى سلمه له ، ومن ثم فلا يعد سارقا أو مغتصبا .

وبداية نعلم أن مجرد قصـاص المرء لنفسـه لايقره القانون ولا يعترف به ، مهما كانت الدوافع إليه ، وقد تبين لنا ذلـك تفصيـلا فـى المبحث الأول . كما يجب أن نعلم بأن مجرد تسليم المرء مالا لغيره، لايعنى نقل ملكيته إلى هذا الغير ، مالم يكن هناك سبب مقبـول لنقل هذه الملكية ، متفق عليه بينهما كبيع وشراء وتمليك ونحو ذلك . أمـا مجرد التسليم فإنه يخضع للظروف التى أحاطت به ، وما إذا كان هذا التسليم قد تم أمانة أو وديعة أو غيرهما من الملابسات والظروف التـى تحيط بعملية التسليم .

بيد أن الغريم قد يقوم بتسليم المال إلـى صـاحب الحـق المجحـود بناء على غش أو تدليس من هذا الأخير ، وخديعة منه ليظفر بحقـه ، وقد يقوم بتسـليم المـال إليـه علـى سبيل الأمانـة أو الوديعـة ، فيسـتغل صاحب الحق المجحود فرصة التسليم هذه ويستولى على المال المسلم إليه ظفرا بحقه . فما هو التكييف القانونى لعمله هذا ، وهـل يشـكل جريمة يعاقب عليها القانون أم لا ؟

واضح أن هذا الفرع لابد لبحثه من التعـرض لحالـة التسـليم التـى يقوم بها الغريم لصاحب الحق ، وما إذا كـان هـذا التسـليم بنـاء علـى طرق احتيالية أو غش من هذا الأخير ، أو كان المقصـود بـه الأمانـة أو الوديعة . ولهذا فاننـا نفصـل القـول فـى هـذا الفرع فـى الغصنيـن التاليين :

الفصل الأول

تسليم المال لصاحب الحق غشا واحتيالا منه

يمكن القول بداية أنه إذا كان الشئ قد سلم إلى شخص ، سواء كان الغرض من التسليم نقل الحيازة الكاملة أو الحيازة الناقصة أو مجرد الحيازة المادية [1] فإن هذا الشخص لايعد سارقا ، ومن ثم فإن عملية التسليم - أيا كان الغرض منها - تمنع من قيام فعل الإختلاس الذى تقوم به جريمة السرقة . كما يمكن القول أيضا بأن الشئ المملوك إذا كان فى حيازة شخص ، لأى سبب كان ، وقام بالاستيلاء عليه ، فإن فعله لايعد مكونا لركن الإختلاس ، وإن كان لايمنع من أن الفعل يعاقب عليه تحت وصف آخر ، أى باعتباره مكونا لجريمة أخرى ، إذا توافرت الشروط اللازمة لقيامها [2] .

وبناء على ذلك فإن استلام صاحب الحق المجحود المال من غريمه ، لايعتبر سرقة منه فى حد ذاته ، كما أنه لايشكل اختلاسا مكونا للركن المادى لجريمة السرقة ، غير أن استيلاءه على هذا المال المسلم إليه قد يكون مكونا لجريمة أخرى ، يحددها فعل التسليم ذاته ، متى توافرت الشروط الأخرى اللازمة لقيام هذه الجريمة .

---

(1) راجع فى تعريف الحيازة وأنواعها : التمهيد لهذا البحث ، ص ٩ ومابعدها .

(2) د. عمرو الوقاد ، المرجع السابق ، ص ١٠ وما بعدها . ويلاحظ أن استيلاء المسلم إليه المال على هذا المال يعد سرقة ، إذا كان التسليم له اضطراريا ، كما هو الحال فى التسليم بقصد الفحص والمعاينة ، حيث أن هذا التسليم لاينفى عن المستولى ركن الإختلاس الذى تقوم به السرقة ، وهذا هو الراجح فقها وقضاء (راجع فى ذلك تفصيلا د. عمرو الوقاد ، المرجع السابق ، ص ١٧ - ٢٥) .

فقد يعمد صاحب الحق إلى استعمال طرق إحتيالية تجعل من السهل على غريمه أن يقوم بتسليمه مالا معينا ، فيقوم بالإستيلاء عليها وتملكها بقصد استيفاء حقه منها . وفى هذه الحالة يمكن وصف عمل الظافر بأنه مكونا لجريمة النصب الجنائى ، متى توافرت بقية أركانها .

فالنصب هو الاستيلاء على شئ مملوك للغير ، بطرق إحتيالية، بدون وجه حق ، بقصد تملكه ، أو على الأقل بقصد سلب كل ثروة الغير أو بعضها [1] .

غير أنه يجب لقيام جريمة النصب الجنائى أن يحصل الإستيلاء على مال الغير بإحدى طرق التدليس الجنائى التى وردت فى المادة ٣٣٦ عقوبات على سبيل الحصر ، وإلا عد تدليسا مدنيا لاجنائيا [2]. وطرق الإحتيال أو وسائل التدليس الجنائى وفقا للمادة ٣٣٦ عقوبات هى :

١ - إستعمال طرق إحتيالية من شأنها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعة ضرورة ، أو إحداث الأمل بحصول ربح وهمى أو تسديد المبلغ الذى أخذ بطريقة الإحتيال ، أو إيهامهم بوجود سند مخالصة مزور .

٢ - إتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة .

٣ - التصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكا للمتصرف ولا له

---

(١) المستشار / مجدى هرجه ، المرجع السابق ، ص ١٢٧٣ وما بعدها .

(٢) د. عبدالمهيمن بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، الطبعة السابعة ، ١٩٧٧ ، ص ٨٦٢ .

حق التصرف فيه .

ويوحى ظاهر النص أن المشرع قد أورد هذه الطرق الإحتيالية على سبيل الحصر لا المثال ، مما لايتصور معه قانونا الإحتيال بدونها ، ولكن العبارات التى وردت فيه مرنة وتتسع لكل الأهداف التى يسعى المحتالون إلى تحقيقها من وراء أكاذيبهم [١] .

ولابد أن يكون الإحتيال للإستيلاء على مال الغير كله أو بعضه بدون وجه حق ، وأن يكون بين وسيلة التدليس التى لجأ إليها المتهم وتسليم المال من المجنى عليه رابطة السببية ، وهذا يقتضى أن يكون تسليم المال لاحقا على استعمال الطرق الإحتيالية ، وأن هذا التسليم كان نتيجة حتمية للطرق الإحتيالية التى باشرها المتهم . ويجب أخيرا أن يتم ذلك بقصد سلب مال الغير كله أو بعضه ، أى يجب أن تتوافر لدى المتهم سوء نيته ، بأن قصد الإضرار بالغير ، سواء قصد بذلك تملك الشئ المسلوب من صاحبه أو تمليكه للغير وحرمان صاحبه منه .

فإذا توافرت هذه الأركان فى عمل الظافر بحقه ، فإن جريمة النصب الجنائى تكون قد تحققت فى هذا العمل ، ومن ثم فإنه يعاقب وفقا للعقوبة المقررة لجريمة النصب . فإذا قام الظافر بحقه بالإحتيال على غريمه ، بقصد خداعه والإستيلاء على ماله ، فوقع الغريم ضحية الإحتيال الذى قام الظافر به ، فسلمه ماله بعلمه وإرادته ، فاستولى عليها الظافر ولم يقم بردها إليه ، فإنه بذلك يكون قد ارتكب جريمة النصب الجنائى ، المعاقب عليها وفقا لأحكام قانون

---

(١) د. حسنى الجندى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص فى جرائم الأموال ، ١٩٨٥ ، ص ٢٩٨ .

العقوبات [1] .

وغنى عن البيان أنه ليس بإمكان الظافر أن يدعى بأنه لجأ إلى هذه الطرق لاستيفاء حقه الذى جحده وأنكره من كان عنده ، فقد ذكرنا مرارا وتكرارا أنه بإمكانه الحصول على حقه بالطرق المشروعة ، أما الطرق الإحتيالية فليست مشروعة ويجرمها القانون. أو تكون سببا لإبطال التصرف فيما لو لم تصل إلى حد التدليس الجنائى ، حيث لاينتفى عنها صفة التدليس ، إذ يقوم التدليس المدنى حينئذ ، فكل تدليس جنائى هو فى نفس الوقت تدليس مدنى وليس العكس [2] .

كما لايمكن الإدعاء بأن له حقا فى المال المسلم إليه نتيجة إحتياله ، فهذا الحق المدعى ليس ثابتا ، حيث أنكره الغريم ، كما أنه لابينة به مع صاحبه . ولذا فإن سلب مال الغريم بطرق إحتيالية أنما هو سلب لهذا المال بدون وجه حق . ولذا فإن أركان جريمة النصب كلها قائمة فى عمل الظافر فى هذه الحالة ، خاصة وأنه قصد بعمله هذا تملك مال الغير ، باعتباره مقابلا لحقه . إذ الجريمة تقوم ولو لم يقصد بذلك تملك مال الغير ، فلئن قصد تملكه قامت الجريمة فى حقه من باب أولى .

---

(1) نقض جنائى فى ١٩٨٤/٥/٢٢ (طعن رقم ٧٣٥٩ لسنة ٥٣ ق) .

(2) راجع فى الفرق بين التدليس المدنى والتدليس الجنائى : رسالتنا " الحيل فى القانون المدنى) دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ، ١٩٩٢ ، ص ٧٦ – ٨٢ .

الغصـن الثانــى

تسليم المال لصاحب الحق على سبيل الأمانة

قد يقوم الغريم - فى الفرض الذى معنا - بتسليم مال معين إلى صاحب الحق المجحـود علـى سبيل الأمانـة ، فيقوم صاحب الحق بإضافة المال إلى ملك نفسه ، سواء تم بعمل إيجابى كما لو تصرف فيه تصرف المالك له ، أو بعمل سلبى كما لـو جحده وأنكره ، فإن جريمة خيانة الأمانة تكون قد توافرت فى حقه ، شريطة أن يتم اثبات التسليم على وجه الأمانة من جانب الغريم .

على أنه لايصح إدانة صاحب الحق بجريمة خيانة الأمانة إلا إذا اقتنع القاضى بأنه تسلم المال بعقد من عقود الأمانة الواردة على سبيل الحصر فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات ، والعبرة فى هذا القول بثبوت قيام عقد من هذه العقود فى صدد توقيع العقاب ، إنما هى بالواقع ، إذ لايصح تأثيم إنسان ولو بناء على اعترافه بلسانه أو كتابته ، متى كان مخالفا للحقيقة [1] .

وليس بلازم فى التسليم أن يكون حقيقيا ، فيكفى أن يكون اعتباريا ، متى كان المودع لديه (صاحب الحق) حائزا للشئ من

---

(1) نقض جنائى فى ١٩٧١/٢/١٣ (مجموعة النقض الجنائى س ٢٣ رقم ٣٥ ص ١٣٠) . نقض جنائى فى ١٩٧٥/٧/٨ (مجموعة النقض الجنائى س ٢٦ رقم ١١٦ ص ٤٩٧) . نقض جنائى فى ١٩٧٦/١١/١ (مجموعة النقض الجنائى س ٢٧ رقم ١٩٠ ص ٨٣٥) . نقض جنائى فى ١٩٨٧/٣/٢٩ (طعن رقم ٤٨٥٩ لسنة ٥٦ ق) .

قبل [١] . فكما يكون التسليم مباشرا أو ماديا ، فقد يكون غير مباشر أى ضمنيا أو معنويا ، كما فى تسليم المسكن بإعطاء مفتاح باب هذا المسكن .

على أن عقد الأمانة اللازم أن يكون التسليم قد تم بمقتضاه قد حددته المادة ٣٤١ عقوبات على سبيل الحصر حيث ذكرت أنه إذا كانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الإستعمال أو الرهن ، أو كانت قد سلمت له بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزاد عليه غرامة لاتتجاوز مائة جنيه مصرى .

وواضح من هذا النص أنه يحدد عقود الأمانة تحديدا صريحا ، وأنه ينبغى أن يكون تسليم المنقول إلى الجانى - عموما - قد تم بمقتضى أحدها وهى : الوديعة والإجارة وعارية الإستعمال والرهن والوكالة بأجر أو بغير أجر . وكل من هذه العقود يعتبر عنصرا قانونيا فى جريمة خيانة الأمانة ، ولذا فإنه يرجع فى تحديد مدلوله إلى القانون الحاكم له وهو القانون المدنى [٢] .

ويلاحظ أن التسليم فى جريمة خيانة الأمانة هو الذى يميز بين هذه الجريمة وجريمة النصب ، فالتسليم فى الأخيرة يتم بناء على طرق إحتيالية يقوم بها الجانى من شأنها إيهام المجنى عليه بغير

---

(١) نقض جنائى فى ١٩٦٧/١٢/١١ (مجموعة النقض الجنائى س ١٨ رقم ٢٦٢ ص ١٢٣٩) . نقض جنائى فى ١٩٧٦/١١/١ (مجموعة النقض الجنائى س ٢٧ رقم ١٩٠ ص ٨٣٥) .

(٢) المستشار / مصطفى هرجه ، المرجع السابق ، ص ١٣٨٢ وما بعدها .

الحقيقة ، وقيامه بتسليم المال من تلقاء نفسه معتقدا رجوعه إليه بعد تحقق الفرض الذى من أجله قام بالتسليم . فى حين نجد أن التسليم فى جريمة خيانة الأمانة قد تم بناء على عقد قانونى ، نظمه القانون ورتب له أحكامه ، وليس بناء على غش أو خداع من الجانى . كما يلاحظ أن التسليم فى الجريمتين هو الذى يميز بينهما وبين جريمة السرقة والغصب ، فليس فى الأخيرتين تسليم ، بل سلب لمال الغير وغصب له .

وخيانة الأمانة على هذا النحو جريمة مادية لاشكلية ، يتمثل حدوثها الضار فى إضافة الجانى شيئا من ملك الغير إلى ملك نفسه ، حالة كونه مؤتمنا على هذا الشئ . ووجه الضرر فى هذا الحدث يكمن فى حرمان مالك الشئ ، ومن عساه أن يكون منتفعا من الشئ غير مالكه على التوالى من ملكية الشئ أو من منفعته . فإضافة الجانى الشئ إلى نفسه إنما هو حدث مادى إما إيجابى وإما سلبى ، لأن له صدى فى الكون المادى الخاص بالعلاقة بين الأشخاص وبين الأشياء ، مادام أنه ينهى العلاقة بين مالك الشئ وبين الشئ ذاته [١] .

ولهذا فإنه إذا توافرت لهذه الجريمة أركانها فإنه تقوم بذاتها ، ويعاقب القانون مرتكبها . وتتمثل هذه الأركان فضلا عن عملية تسليم المال على وجه الأمانة ، أن يضيف الجانى الشئ إلى ملكه ، وفى هذا يشير نص المادة ٣٤١ " كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ ... " على أن التبديد لايتحقق إلا باستهلاك الأمانة أو بالتصرف فيها للغير والتخلى عن حيازتها ، وتقدير ذلك أمر متروك لقاضى

---

(١) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٧٠١ فقرة ٣١٩ .

الموضوع [1] . أما اختلاس الأمانة فإنه يتحقق بكل مادل بـه الأمين على اعتبار الأمانة مملوكة لـه يتصرف فيها تصرف المالك . كما يجب كذلك أن يكون هذا الشئ منقولا وفى حوزة الجانى بناء على عقد من عقود الأمانـة السابق الإشارة إليها ، إذ يجب أن يكون الجانى مؤتمنا على هذا الشئ المنقول . ولا يتحقق معنى ائتمان الجانى على المنقولات إلا إذا كان المؤتمن قد سلم المنقول إليه تسليما ، وكان ذلك على وجه الأمانة لا على وجه التمليك . وتعتبر واقعة التسليم واقعة مادية ، يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن أيا كانت قيمة الأشياء المسلمة . ويجب أخيرا أن يصاب مالك المنقول أو حائزه بضرر من جراء خيانة الجانى للأمانة التى سلمها له هذا المالك أو الحائز ، ويعتبر الضرر المذكور قائما ولاحقا بمالك المنقول نتيجة اختلاس الجانى له أو تبديده أو استعماله ، دون حاجة إلى اثبات ذلك، كلازم من لوازم سلوك الجانى [2] .

من هذا يتضح أن صاحب الحق المجحود إذا قام غريمه بتسليم المال إليه على سبيل الأمانة ، فقام الأول بظفر هذا المال وإلحاقه إلى ملك نفسه ، فإنه بذلك يكون قد ارتكب جريمة خيانة الأمانة . على أن مجرد التأخير فى رد الشئ أو الامتناع عن رده لايتحقق به القصد الجنائى لهذه الجريمة ، مالم يكن مقرونا بانصراف نية الجانى إلى إضافة المال الذى تسلمه إلى ملكه واختلاسه لنفسه إضرارا بصاحب الحق فيه ، وواضح توافر هذه النية بداية لدى الظافر بحقه ، ومن ثم

---

(1) نقض جنائى فى ١٩٧٦/١٠/٣٠ (مجموعة النقض الجنائى س ٢٧ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٥) .

(2) نقض جنائى فى ١٩٨٤/١١/١٤ (طعن رقم ١٢٢٠ لسنة ٥٤ ق) .

فليس له أن يدعى أنه إنما قام بذلك لاستيفاء حقه ، أو للقصاص من غريمه . فلا يعتبر عمله هذا تحصيلا لحقه ، ولا مقاصة له مع الحق الذى لدى غريمه ، كما سبق وقد ذكرنا غير مرة .

وهكذا نجد أن عمل الظافر فى كل أحواله عمل غير مشروع ، لأنه سالك للطريق غير المعهود ، ومن ثم فإنه يخضع لطائلة القانون، على نحو ماسبق .

تعقيب

إذا كان عمل الظافر بالحق فى كل ماسبق لايتفق وصحيح القانون، وأن عمله هذا يدخل فى دائرة التجريم ، فإن ذلك من باب استيفاء الحقوق قضاء لاديانة ، خاصة وأن القانون لم يبخل عليه بطريقة أو بأخرى لاستيفاء حقه ، وإنما وضح له هذا الطريق وبينه .

فقد ذكرنا آنفا أنه على الرغم من عدم وجود بينة تثبت لصاحب الحق حقه ، وأنه على الرغم من إنكار من عليه الحق وجحده إياه ، إلا أنه يستطيع اللجوء إلى القضاء وتوجيه اليمين الحاسمة إليه ، فإن حلف كذبا ، وضاقت الدنيا بصاحب الحق ، فليس له مع ذلك أن يلجأ إلى طريق غير معهود ، لم يقره القانون ولم يعترف به ، فمجمل هذه الطرق أن الشخص يقتضى حقه بيده ، وليس ذلك إلا فى قانون الغابة . مما يحدث فوضى واضطراب فى المعاملات ، فلا تستقيم الحياة ، ويكون البقاء فيها للأقوى فقط . إلا أن لصاحب الحق ، بالرغم من وصوله إلى هذا الطريق المسدود ، أن يحصل على حقه بأحد طريقين ، إما بالطعن على الحكم الصادر بناء على حلف اليمين كذبا ، وطرقه معروفة فى القانون ، وإما برفع دعوى جنائية مبتدأة

يثبت فيها أن غريمه قد حلف كذبا ، فإذا ماصدر فيها حكم بذلك استطاع أن يطالب بناء عليه بتعويض ما أصابه من ضرر من جراء ذلك كله ، ويدخل فى جملة التعويض ماعساه أن يكون حقه لدى غريمه .

ولكن صاحب الحق نسى ذلك أو تناسى وزعم أنه باستطاعته أن يحصل على حقه بنفسه طالما لم يمتلك وسيلة اثبات هذا الحق ، فى الوقت الذى جحده غريمه وأنكره عليه - وقد أمرنا بإجراء الأمور على ظواهرها ، أما أمر الديانة فهو أمر باطنى يتمثل فى علاقة الإنسان بخالقه ، وهو بذلك لايعد مرتكبا لجرم طالما أن ذلك حقه ، وأنه فى أخذه لايزيد ولا يجور . وهذه علاقة لم نكلف فى معاملاتنا بالبحث عنها وإنما لنا الظاهر والله يتولى السرائر . ولهذا فإن فقهاء المسلمين تحدثوا عنها وأمعنوا النظر فيها فى بحثهم لهذه المسألة . وهذا ماسوف أشير إليه فى المبحث التالى بمشيئة الله تعالى .

المبحـث الثالـــث

الظفر بالحق في الفقه الإسلامي

تمهيـد وتقسيـم

يجب على المرء أن يقوم اختيارا بالوفاء بما عليه من ديون ، فإن امتنع عن ذلك ، أو تعنت في هذا الوفاء ، كان للدائن أن يجبره على الوفاء عن طريق رفع الأمر إلى القضاء . فمهمة القضاء هي إستيفاء الحقوق وتخليص المظالم . فإن لم يتيسر للدائن رفع أمره إلى القضاء ، فإنه يبحث عن وسيلة لاستيفاء حقه ، وقد يجد ضالته المنشودة في عملية الظفر بهذا الحق - إن أمكنه ذلك - من مال غريمه . والسؤال الذي يطرح نفسه ، هل لو ظفر صاحب الحق بمال لغريمه يجوز له أن يتملكه قصاصا لحقه ؟ . في الإجابة عن هذا السؤال وجدنا أنه لايجوز له في ظل القانون المدني ولا في نطاق قانون العقوبات كما ذكرت في المبحثين السابقين . فما هو الحكم عند فقهاء المسلمين .

يمكن القول بداية بأن فقهاء المسلمين اتفقوا على جواز الظفر بالحق ديانة لاقضاء [1] ، كما يمكن القول بأن من الحقوق مالايجوز استيفاؤها إلا برفع الأمر للقضاء ، ومنها مايجوز استيفاؤها دون رفع الأمر للقضاء ، ومنها ما اختلف في جواز تحصيله بغير قضاء [2]. ولتوضيح ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة فروع على أن نختتم

---

(1) د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، ١٩٩٦ ، ص ٢٥ .

(2) بتصرف - د. محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، منشورات وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية ، ٢٣ ، ص ١٢٢ وما بعدها .

ذلك برأينا في الموضوع ، وذلك على النحو التالي :

الفـــرع الأول

الحقوق التي لايجوز استيفاؤها بغير قضاء

اتفق الفقهاء على أنه لايجوز استيفاء الحقوق الآتية بغير اللجوء إلى القضاء [1] ، وأن مجرد التفكير في استيفائها بغير طريق القضـاء هو التعدي على السلطة الحاكمة مما يستوجب الردع والتعزير ، وهذه الحقوق هي :

١ - العقوبـات : حيث لاخلاف بين الفقهـاء فـي وجوب الرفع إلـى القاضـي ، إذا كان المطلوب استيفاء عقوبة كقصـاص وحد قذف أو سرقة أو زنا أو تعزير [2] ، وذلك لما يلي :

أ - تعتبر العقوبات مـن الأمـور العظيمـة الخطـر ، لأنهـا تقـع علـى النفس ، والفـائت فيهـا لايعوض ، والخطـأ فيهـا لايسـتدرك ، فوجب الإحتياط في اثباتها واستيفائها ، وذلك لايتحقق إلا بـالرفع إلـى الحاكم ، فهو القادر على أن ينظر فيها وفي أسبابها وشروطها ، ولا يقدر على كل ذلك صاحـب الحق ، إن أجزنـا لـه استيفاء العقوبـة بنفسـه . كمـا وأن الاحتيـاط فـي العقوبـات متفـق عليـه عنـد علمـاء المسلميـن ، وبهـذا ورد حديث رسول اللـه صلى الله عليـه وسلم "

---

[1] د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

[2] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشربيني الخطيب، ١٣٧٧ هـ ، الحلبي ، ج ٤ ص ٤٦١. البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، الطبعة الأولـى ، المطبعة العلمية ، ج ٧ ص ١٩٢ ، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ، ج ٥ ص ٦٧ .

إدرأوا الحدود بالشبهات " [١] .

ب - لو أجيز للناس استيفاء مالهم من عقوبات بغير القضاء لكان فى ذلك ذريعة لتعدى بعض الناس على بعض ، وادعائهم بعد ذلك بأنهم إنما يستوفون حقوقهم ، فيكون سببا للفتنة وأدعى للفوضى بين الناس ، فيجب سد هذه الذريعة التى ربما توصل إلى فعل المحرم .

ج - لاتنضبط كثيرا من العقوبات إلا بحضرة الإمام ، سواء فى شدتها أو إيلامها أو قدرها .

د - استيفاء الناس للعقوبة لايحقق الغاية منها ، إذ الغاية من العقوبة الزجر والردع ، وذلك لايتحقق إلا بواسطة الحاكم والقيام بذلك من جهته .

هذا ولايجوز الخروج عن هذا الأصل العام إلا فى حالات قليلة ونادرة ، نص عليها الفقهاء وذلك إما للضرورة ، أو لعدم الخطورة، أو للانضباط بغير الحاكم [٢] والضرورة تقدر بقدرها ولايقاس عليها، كما لايتوسع فيها .

٢ - تحصيل الحقوق الشرعية المحضة : ويقصد بها الحقوق الشرعية المحضة والتى تختلف عن الحقوق العينية أو الشخصية ، كالحقوق المتعلقة بالنكاح والطلاق والرجعة واللعان .. وغير ذلك . فلا يجوز استيفاء الناس لها بأنفسهم نظرا لخطورتها كالعقوبات سواء

---

(١) رواه الدارقطنى عن عائشة مرفوعا : سنن الدارقطنى ، ج ٣ ص ٨٤ .

(٢) راجع فى ذلك : د. محمد نعيم ياسين ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ وما بعدها .

بسواء ، ومن ثم يجب الإحتياط لها فـى الاثبـات والاسـتيفاء ولايكـون ذلك إلا بمعرفة الحاكم – كما سبق – .

٣ – **حالــة خــوف الفتنـــة أو المفســدة :** اتفــق الفقهــاء علــى أنـــه لايجــوز إستيفاء الحق بغير قضاء مهما كان ، عينا أو دينا أو منفعة، إذا ترتب على هذا الإستيفاء فتنــة أو مفسدة تزيـد علـى مفسـدة ضيـاع الحق ، كفساد عضــو أو عـرض أو نحـوه [1] . والضـابط فـى ذلـك : هو منع الإستيفاء فى كل مايخشى معه فتنة تؤدى إلـى تلـف النفس أو المال أو العرض ، بحيث لايرضى الشارع الحكيم بمثله .

٤ – **حالة إقرار المدين بالدين :** حيث اتفق الفقهاء على أنـه لايجـوز للدائن أن يستوفى حقه بنفسه ، إذا كـان المدين مقرا بمـا عليـه ، أو كان مع الدائن بينة تثبت له حقه ، فلا يجوز الإستيفاء فى هذه الحالـة بغير اللجوء إلى القضــاء ، حيث لاضـرورة للإستيفاء بغير القضـاء حينئذ .

الفـــرع الثانــــى

الحقوق الجائز استيفاؤها بغير قضاء

اتفق الفقهاء على أنه يجوز تحصيل بعض الحقوق بغير اللجـوء إلــى القضاء ، إذ تحصيلهــا بغير قضاء لاغبــار عليـه ، ولا يترتب

---

(1) الوجيز فى فقه الإمام الشافعى للغزالى ، دار المعرفة ، ط ١٣٩٩ ه ، ج ٢ ص ٢٦٠ ، تهذيب الفروق ، ط عالم الكتب ، ج ٤ ص ١٢٣ ، كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى ، مكتبة النصر الحديثة ، ج ٤ ص ٢١١ .

عليه فتن . ومن هذه الحقوق مايلى :

١ - **تحصيل الأعيان المستحقة :** فقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز تحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء ، مثل : العين المغصوبة ، حيث يجوز استردادها من الغاصب ولو قهرا [١] ، وذهب كثير من الفقهاء إلى جواز الإستيفاء فى هذه الحالة بغير قضاء ، سواء كانت العين مغصوبة ، أو مستحقة بأى سبب آخر من أسباب الإستحقاق ، فمن وجد عين سلعته التى اشتراها أو ورثها أو استحقها بالوصية ، فله أخذها ، ولا يشترط الرفع إلى الحاكم ، ومالك المنقول المسروق له أن يسترده بالقوة من حائزه الجديد ، سواء كان السارق أو غيره . هذا كله بشرط ألا يترتب على جواز أخذ العين المستحقة بغير قضاء تحريك فتنة أو مفسدة عظيمة ، بل ذهب بعض علماء الشافعية [٢] فضلا عن ذلك إلى جواز الأخذ بغير قضاء بشرط ألا يكون قد تعلق بها حق لشخص آخر ، كما لو اشترى شخص عينا من آخر كان قد أجرها أو رهنها ، فليس له أخذها قهرا لتعلق حق المشترى بها .

٢ - **تحصيل نفقة الزوجة والأولاد :** فقد اتفق الفقهاء على جواز تحصيل نفقة الزوجة والأولاد بغير اللجوء إلى الحاكم ، ويقاس

---

(١) الوجيز ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ٢٦ ، تهذيب الفروق ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ١٢٣ ، مغنى المحتاج ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٤٦٢ ، كشاف القناع ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٢١١ . على أن اتفاق الفقهاء على الأخذ فى ذلك يكون ديانة لا قضاء وذلك للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ولايقاس عليها ، كما لايتوسع فيها . (د. وهبة الزحيلى ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٢٦) .

(٢) مغنى المحتاج ، ج ٤ ص ٤٦١ .

عليهما غيرهما مما يكون فى درجتهما . فيباح للزوجة أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها ويكفى أولادها من غير إذنه ولا إذن الحاكم [١]. واستدلوا على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة امرأة أبى سفيان " خذى مايكفيك وولدك بالمعروف " [٢] حيث جعل لها الرسول صلى الله عليه وسلم الحق فى أخذ نفقتها ونفقة أولادها من غير علم زوجها ، ولا يقال إن ذلك يعتبر قضاء من الرسول صلى الله عليه وسلم ، بل الراجح أنه على سبيل الإفتاء لا القضاء [٣]

الفرع الثالث

الحقوق التى اختلف فى جواز استيفائها بغير قضاء

يمكن القول بأن هذا النوع من الحقوق هو بحق الذى يطلق عليه عملية " الظفر بالحق " ومن ثم فإن ذكرنا للفرعين السابقين ، أو النوعين السابقين من الحقوق ماهو إلا تحرير لمحل البحث ، فكل حق يمكن استيفاؤه بغير قضاء ، وكذا كل حق لايمكن استيفاؤه إلا بالقضاء

---

(١) المهذب فى فقه الإمام الشافعى للشيرازى ، ط الحلبى ، ج ٢ ص ٣١٩ ، المغنى لابن قدامة ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ج ٩ ص ٢٣٧ ، الخلاف للإمام الطوسى ، ١٣٤٤ هـ ، ج ٢ ص ٦٤٧ .

(٢) الحديث رواه الإمام البخارى عن عائشة رضى الله عنها : البخارى بحاشية السندى ، ط الحلبى ، ج ٣ ص ٢٨٩ " باب إذا لم ينفق الرجل .... " والحديث بتمامه ورد فى نيل الأوطار ، ج ٦ ، ص ٣٢٣ ، وقال فيه الإمام الشوكانى . رواه الجماعة إلا الترمزى .

(٣) د. محمد نعيم ياسين ، المرجع السابق ، ص ١٣١ وما بعدها .

يخرج عن نطاق بحثنا فى هذا الفرع ، حيث نخصصه فقط للحقوق التى إن ظفر بها صاحبها نتساءل عن حكم هذا الظفر ، وهل يترتب عليه تمليك له من قبل الظافر به أم لا ؟ ولكى يتم تحرير محل البحث على أكمل وجه ، فإنه فى غير الحقوق السابقة ، يشترط كذلك أن يكون صاحب الحق لابينة له لاثبات حقه ، كما يشترط أن يكون هذا الحق مجحودا من قبل غريمه - من عليه الحق - فإذا ماكنا أمام حق كهذا - بهذه الضوابط - فإن مسألة الظفر تدق ، وما إذا كانت جائزة أو غير جائزة .

يمكن القول بأن الفقهاء بصدد استيفاء هذا الحق بغير قضاء قد اتجهوا إلى ثلاثة اتجاهات ، إتجاه موسع ، واتجاه مضيق ، واتجاه متوسط . وقد أشار العلامة ابن القيم فى كتابه القيم أعلام الموقعين إلى هذه الإتجاهات الثلاثة ، حيث ذكر - رحمه الله - أن مسألة الظفر قد توسع فيها قوم حتى أفرطوا وجوزوا قلع الباب ، ونقض الحائط ، وخرق السقف ، ونحو ذلك لمقابلته ، فأخذ نظير ماله . ومنعها قوم بالكلية ، وقالوا : لو كان عنده وديعة ، أو له عليه دين، لم يجز أن يستوفى منه قدر حقه إلا بإعلامه به . وتوسط آخرون وقالوا : إن كان سبب الحق ظاهرا كالزوجية والأبوة والبنوة وملك اليمين الموجب للإنفاق ، فله أن يأخذ قدر حقه من غير إعلامه ، وإن لم يكن ظاهرا ، كالقرض وثمن المبيع ، ونحو ذلك ، لم يكن له الأخذ إلا بإعلامه ، وهذا أعدل الأقوال فى المسألة وعليه تدل السنة دلالة صريحة ، والقائلون به أسعد وبالله التوفيق [1] وهكذا

---

(1) اعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ، دار الجبل ، ج ٤ ص ٢٢ وما بعدها .

أشار ابن القيم إلى الإتجاهات الثلاثة التى وجدت لهذه المسألة فى الفقه الإسلامى ويمكن توضيح ذلك فيما يلى :

أولا : ذهب الشافعية إلى أن صاحب الحق له أن يستقل باستيفائه من مال غريمه إذا ظفر به ، سواء أكان هذا المال من جنس حقه أم من غير جنسه ، وهذا معناه أن للدائن بمبلغ من النقود أن يأخذ عنوة من المدين بعض منقولاته أو عقاراته لاستيفاء قدر دينه . واشترط الشافعية لجواز ذلك الشروط الآتية :

(١) أن يكون الذى عليه الحق ممتنعا عن أدائه ، فإن كان غير ممتنع فلا يحل لصاحب الحق أن يأخذ شيئا من ماله ، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن ، إلا بإذنه ، فإن أخذ شيئا من ماله - فى هذه الحالة - بغير إذنه فهو آثم ويلزمه رده . فإن كان الذى عليه الحق مقرا به إلا أنه ممتنع عن أدائه ، فإنه لايجوز الظفر فى هذه الحالة لامكان تحصيل الحق بواسطة الحاكم . يقول الإمام الغزالى : لابد من الرفع إلى الحاكم فى هذه الحالة ولايجوز تحصيل الدين بغير ذلك، إلا إذا كان الدفع متعذرا فيجوز [١] .

(٢) أن يكون الدين حالا . فإن كان مؤجلا لم يحل أجله بعد ، لايجوز لصاحب الحق أن يظفر بشئ من مال غريمه ، حيث يشترط لذلك أن يكون الدين مستحقا [٢] وهو لايكون كذلك قبل حلول أجله ، فإذا حل أجله أمكن استيفاؤه عن طريق القضاء ، وإلا جاز لصاحب الحق أن يأخذ من مال غريمه قدر حقه .

---

(١) الوجيز ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٢) المهذب ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ٣١٩ ، مغنى المحتاج ، ج ٤ ص ٤٦٢ .

(٣) ألا يؤدى الأخذ بغير الحاكم إلى فتنة أو مفسدة عظيمة ، وهذا هو الشرط العام فى هذه المسألة ، فإن كان اقتضاء الحق بغير الحاكم سيترتب عليه فتنة أو مفسدة عظيمة تزيد على فتنة ضياع الحق على صاحبه ، لايجوز له الأخذ فى هذه الحالة .

(٤) أن يكون الدين حقا للعبد خالصا . أما حق الله تعالى كالزكاة مثلا ، فليس لمستحقها أن يظفر بها من مال من وجبت عليه .

(٥) لايجوز أخذ غير الجنس إلا إذا تعذر الحصول على جنس الحق الذى يظفر به صاحبه ، على أن أخذ غير الجنس يتم دفعه إلى الحاكم ليبيعه ويستوفى حقه من ثمنه .

(٦) يشترط أخيرا أن لايمكن تحصيل الحق عن طريق الحاكم ، فإن أمكن تحصيله بواسطة الحاكم ، بالرغم من عدم وجود بينة به وإنكاره ممن هو عليه ، لايجوز له الأخذ فى هذه الحالة .

فإذا توافرت هذه الشروط ، جاز لصاحب الحق أن يأخذ من مال غريمه بقدر حقه ، سواء كان من جنس حقه ، كدنانير بدنانير أو دراهم بدراهم ، أو من غير جنس حقه ، كدنانير بدراهم أو العكس .

وقد استدل الشافعية على ماذهبوا إليه بقوله تعالى : " وجزاء سيئة سيئة مثلها " [١] وبقوله أيضا : " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به " [٢] وأخذ الحق عند الظفر به مجازاة بالمثل ، وعقاب بالمثل أيضا .

([١]) الشورى (٤٠)

([٢]) النحل (١٢٦)

كما استدلوا بحديث عائشة رضى الله عنها حيث قالت : " دخلت هند بنت عتبة - إمرأة أبى سفيان - على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لايعطيني من النفقة مايكفيني ويكفى بنى إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل على فى ذلك جناح ؟ فقال : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يكفى بنيك " (١) ولايقال إن هذا الحق المسئول عنه تم أخذه بواسطة القضاء ، وكان القاضى فى ذلك هو النبى صلى الله عليه وسلم ، إذ الراجح فى الحديث أنه على سبيل الفتوى لا القضاء .

فإن قيل : هذا يصح فى أخذ الجنس ، فلم تجوزون أخذ غير الجنس ؟

أجيب بأن أخذ غير الجنس لايجوز إلا إذا تعذر أخذ الجنس، على أن غير الجنس يدفعه إلى الحاكم ليبيعه ، ويستوفى الدائن حقه من ثمنه .

وهكذا نجد أن الشافعية يرون توسعة على أصحاب الحقوق فى تحصيل حقوقهم بغير قضاء ، ولكنهم احتاطوا لما قد يحصل من التجاوز والإعتداء من قبل من يريد أخذ حقه بغير قضاء . ولذا فإنهم لايجوزون أخذ غير الجنس إلا إذا تعذر الحصول على الجنس ، كما يوجبون اتباع أيسر السبل فى الأخذ بحيث لايترتب عليه إتلاف أو ضرر بمال الغريم ، فإن أتلف شيئا فى سبيل الحصول على حقه كان ضامنا له .

---

(١) الحديث متفق عليه رواه البخارى ومسلم وأحمد وأصحاب السنن إلا الترمذى (نيل الأوطار : ج ٦ ص ٣٢٣ ، سبل السلام : ج ٣ ص ٢١٩) .

يقول الحافظ ابن حجر فى الفتح [١] عند شرحه لحديث عقبة بن عامر الذى يقول فيه " قلنا للنبى صلى الله عليه وسلم : إنك تبعثنا فننزل بقوم لايقروننا فما ترى ؟ فقال لنا : إن نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا ، وإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذى ينبغى لهم " [٢] ، يقول : واستدل به على مسألة الظفر ، وبها قال الشافعى ، فجزم بجواز الأخذ فيما إذا لم يمكن تحصيل الحق بالقاضى ، كأن يكون غريمه منكرا ولابينة له عند وجود الجنس ، فيجوز عنده أخذه إن ظفر به ، وأخذ غيره بقدره إن لم يجبره ، ويجتهد فى التقويم ولايحيف ، فإن أمكن تحصيل الحق بالقاضى ، فالأصح عند أكثر الشافعية الجواز أيضا أ.هـ .

ثانيا – ذهب المالكية إلى أن من كان له حق على غيره ، وكان ممتنعا عن أدائه ، فله أن يأخذ من مال المدين قدر حقه ، سواء أكان من جنس حق الدائن أو من غير جنسه . وهذا هو المشهور من مذهب مالك وهى الرواية التى يتفق فيها المالكية مع الشافعية .

وقد أثر عن المذهب المالكى روايتان أخرتان . الأولى : أن صاحب الحق ليس له أن يأخذ من مال غريمه غير جنس حقه . والثانية : أنه لايجوز لصاحب الحق أن يستوفى حقه إذا ظفر بمال لغريمه مطلقا ، سواء كان من جنس حقه أو من غير جنسه ، وهذا

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى للحافظ ابن حجر العسقلانى ، ج ٥ ص ٦٧ .

(٢) رواه احمد والبخارى ومسلم .

هو الظاهر عند الإمام مالك [١].

واستدل المالكية على جواز الأخذ بما استدل به الشافعية ، وقالوا إنه ممالاشك فيه أن من كان عليه حق فأنكره ، وامتنع عن بذله فقد اعتدى ، فيجوز أخذ الحق من ماله بغير إذنه وبغير حكم القاضى ، فإن الشارع قد أذن بذلك كما جاء فى الآية . كما استدلوا بحديث عائشة التى روت قصة هند زوجة أبى سفيان . واستدلوا ايضا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : انصر أخاك ظالما أو مظلوما ، قالوا : يارسول الله ننصره إذا كان مظلوما ، فكيف ننصره إذا كان ظالما ؟ قال : تأخذوا على يديه ، فذلك نصر له [٢] ، يقول الإمام القرطبى : وأخذ الحق من الظالم نصر له [٣] .

ويبدو أن المشهور عند المالكية هو ماعليه العمل ، وهو جواز الأخذ مطلقا من الجنس أو من غير الجنس ، كما هو الحال عند الشافعية . وبالتالى فإن الروايتين الأخيرتين لادليل عليهما ، ولهذا قمت بعد المالكية والشافعية ممن توسعوا فى هذه المسألة ، فذكرت المذهبين تباعا لأنهم يمثلون الإتجاه الأول ، وهو الإتجاه الموسع .

ثالثا : ذهب الحنابلة إلى أنه لايجوز لصاحب الحق أن يستوفى قدر حقه إذا ظفر بمال لغريمه مطلقا ، سواء كان من جنس حقه أو

---

(١) نقل هذه الروايات الثلاث عن المذهب المالكى ، الحافظ ابن حجر العسقلانى فى كتابه فتح البارى : ج ٩ ص ٤٠٩ .

(٢) رواه الإمام مسلم عن جابر بن عبدالله : صحيح مسلم بشرح النووى ، ج ٦ ص ١٣٧ .

(٣) تفسير القرطبى ، ط الشعب ، ص ٧٣٠ .

من غير جنسه . وهذا هو الإتجاه المضيق لهذه المسألة .

واستدل الحنابلة على ماذهبوا إليه بأن الوصول إلى الحق فى هذه الحالة لايكون إلا بإثم ، كشهادة زور ، أو يمين كاذبة . وشهادة الزور من الكبائر ، والكذب حرام ولاسيما إن حلف عليه ، واليمين الكاذبة أو الباطلة لاتسوغ أخذ الحق ، وبالتالى لايجوز له أخذ الحق لهذا الطريق المحرم ، فليس له أن يقابل الفجور بمثله ، كما أنه ليس له أن يكذب على من كذب عليه ، أو يقذف من قذفه ، أو يفجر بزوجة من فجر بزوجته ، أو بابن من فجر بابنه . فهذا كله حرام ، ولايحل اللجوء إليه بحجة الوصول إلى الحق [1] . وفى هذا ورد حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولاتخن من خانك [2] . فأخذ الحق من الشئ الذى ائتمن عليه - كوديعة أو عارية مثلا - لم يجز ، لأنه غلول وخيانة وهذا حرام مطلقا [3] .

وفى رواية أخرى للحنابلة أنهم قالوا : إن كان سبب الحق ظاهرا ، كالنكاح والقرابة وحق الضيف ، جاز للمستحق الأخذ بقدر حقه ، كما أذن النبى صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف ، وكما أذن لمن نزل بقوم ولم يضيفوه أن يعقبهم فى مالهم بمثل قراه ، كما ورد فى الصحيحين

---

(1) اعلام الموقعين ، ج ٣ ص ٣٣٥ . إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيميه ، مطبوع مع الفتاوى الكبرى ، دار المعرفة ، ص ٢٠٣ .

(2) راجع الحديث بتمامه : سنن أبى داود ، مطبعة الحلبى ، ١٣٧١ ، ج ٢ ص ٢٦٠ ، نيل الأوطار ، ج ٥ ص ٢٩٧، سبل السلام ، ج ٣ ص ٦٨ .

(3) المغنى لابن قدامة ، ج ٩ ص ٣٢٧ ، كشاف القناع ، ج ٤ ص ٢١١ .

عن عقبة بن عامر - المتقدم - . وإن كان سبب الحق خفيا ، بحيث يتهم بالأخذ ، وينسب إلى الخيانة ظاهرا ، لم يكن له الأخذ وتعريض نفسه للتهمة والخيانة ، وإن كان فى الباطن آخذا حقه ، كما أنه ليس له أن يتعرض للتهمة التى تسلط الناس على عرضه ، وإن إدعى أنه محق غير متهم [1] يقول ابن القيم : وهذا القول أصح الأقوال وأسدها ، وأوفقها لقواعد الشريعة وأصولها ، وبه تجتمع الأحاديث [2] .

رابعا - يمثل فقهاء الحنفية الإتجاه الوسط فى هذه الإتجاهات الفقهية الثلاثة . حيث ذهبوا إلى أن من كان له دين على آخر ، ولم يوفه إياه برضاه واختياره ، فله أن يأخذ مقدار دينه من مال الغريم ، بشرط أن يكون هذا المال من جنس حقه ، وأن يكون بنفس صفته ، ومن ثم فإنه لايجوز لصاحب الحق أن يأخذ من دراهم غريمه بقدر حقه إن كان حقه من الدنانير ، كما لايجوز له أن يأخذ عينا مقابل منفعة أو دين ، وليس له أن يأخذ الصحيح مقابل المنكسر ، بل لابد أن يأخذ مثل ماله من جنسه وصفته [3] .

وبناء على ذلك فإن الحنفية يرون أنه يجوز لصاحب الحق أن يستوفى قدر حقه ، إذا ظفر بجنس ماله ، وليس له أن يأخذ من غير

([1]) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن قيم الجوزرة ، تحقيق / محمد حامد الفقى ، ج ٢ ص ٧٥ وما بعدها .

([2]) اعلام الموقعين ، ج ٤ ص ٢٢ ، إغاثة اللهفان ، ج ٢ ص ٧٧ .

([3]) البحر الرائق ، ج ٧ ص ١٩٢ .

الجنس [١] . ويروى عن أبى بكر الرازى الحنفى أنه رأى جواز أخذ الدراهم بالدنانير استحسانا لاقياسا [٢] . غير أن المعتمد فى المذهب هو ضرورة الأخذ من الجنس لاغيره ، فإن أخذ الدائن من مال مدينه من غير جنس حقه ، وبغير إذنه ، وبغير قضاء ، فتلف فى يده ، فإنه يضمن ما أخذ ضمان الرهن [٣] وإن كان المفتى به اليوم – كما قال ابن عابدين – هو جواز الأخذ من جنس الحق أو من غيره ، لفساد الذمم والمماطلة فى وفاء الدين [٤] .

وقد استدل الحنفية على ماذهبوا إليه بظاهر قوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " [٥] ، وبقوله تعالى " وجزاء سيئة سيئة مثلها " [٦] وبظاهر قوله تعالى " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به [٧] . فالظاهر فى هذه الآيات يوجب أخذ المثل لاغير ، ولذا فإنهم قد تمسكوا بهذا الظاهر ، ومن ثم لايجيزون أخذ غير الجنس . وأخذ الجنس هو اعتداء بمثل الاعتداء الواقع ممن عليه الدين ، حيث أنكره وجحده ، فأخذ جنسه اعتداء بمثله ، كما

---

(١) غمز عيون البصائر ، شرح كتاب الأشباه والنظائر للحموى ، ج ١ ص ٢٨٥ .

(٢) البحر الرائق ، ج ٧ ص ١٩٢ ، قرة عيون الأخيار ، تكملة رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ، ج ١ ص ٣٨٠ .

(٣) البحر الرائق ، ج ٧ ص ١٩٣ ، قرة عيون الأخيار ، ج ١ ص ٣٨٠ .

(٤) نقلا عن د. وهبه الزحيلى ، الفقه الإسلامى وأدلته ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٢٦ .

(٥) البقـــــرة (١٩٤)

(٦) الشـــــورى (٤٠) .

(٧) النحـــــل (١٢٦)

أن أخذ الجنس يعتبر مقابلة الظفر بالإنكار فهذه بتلك ، ويعتبر في ذات الوقت عقابا بمثله ، ومن هنا أجازوا أخذ الجنس لاغيره .

وإذا كانت هذه الإتجاهات الثلاثة فى الفقه ، الموسع والمضيق والمتوسط . وإذا كان الشافعية والمالكية يمثلون الإتجاه الموسع فى هذه الإتجاهات ، فإنهم لم يتوسعوا إلى حد كبير ، بل احتاطوا لذلك ووضعوا جملة من الشروط يؤمن معها من الفتنة والفساد ، ولهذا فإنهم وضعوا ضوابط للمسألة - كما ذكرنا - وذهبوا بعد ذلك إلى جواز الأخذ . لكن الفقه الظاهرى ذهب إلى أبعد من ذلك ، وأوجب على صاحب الحق أن يأخذ - ظفرا - حقه ممن أنكره وجحده ، وجعل ذلك واجبا . ولهذا فإننا نرى أن إطلاق الإتجاه الموسع على الفقه الظاهرى أولى من إطلاقه على الفقه المالكى والشافعى . ويمكن توضيح موقف الفقه الظاهرى فيما يلى :

خامسا - ذهب الإمام ابن حزم الظاهرى إلى أنه يجب على صاحب الحق ، إذا ظفر بشئ من مال من عنده الحق ، أن يأخذ منه بقدر حقه ، سواء كان من نوع ماهو له أو من غيره ، ويبيعه ويستوفى حقه من ثمنه ، فإن فضل على ماهو له رده إليه أو لورثته من بعده ، وإن نقص بقى فى ذمة من عليه الحق ، يجوز لصاحبه أن يظفر به مرة أخرى ليستوفى قدر حقه ، فإن لم يفعل ذلك فهو عاص لله عز وجل ، إلا أن يحلله أو يبرئه ، فهو مأجور حينئذ ، فإن أخذ قدر حقه وطولب به أنكر ، فإن استحلف حلف ، وهو مأجور فى ذلك [1] . وكذا كل من ظفر بمال لظالم ، ففرض عليه أخذه وإنصاف المظلوم منه . واستدل ابن حزم بالآيات السابقة ، وبقوله تعالى" ولمن

---

(1) المحلى لابن حزم الظاهرى ، ج ٨ ص ١٨٠ مسألة رقم ١٢٨٤ .

انتصر بعد ظلمه فأولئك ماعليهم من سبيل " [1] ، وبقوله تعالى : " والذين إذا أصابهم البغى هم ينتصرون " [2] ، وبقوله تعالى " والحرمات قصاص ، فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " [3] ، وبحديث هند بنت عتبه – السابق – ، وفيه إذنه – صلى الله عليه وسلم – لها أن تأخذ من مال زوجها – أبى سفيان – مايكفيها وولدها ، من غير إذنه ولا علمه . فالأمر فى كل ذلك يدل على وجوب الأخذ .

كما استدل على أن من لم يفعل ذلك يكون عاصيا لله عز وجل بقوله تعالى " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الآثم والعدوان " [4] . قال ابن حزم : فمن ظفر بمثل ماظلم فيه هو أو مسلم أو ذمى ، فلم يزله عن يد الظالم ويرده إلى المظلوم – باعتباره حقه – فهو أحد الظالمين ، وهو بذلك لم يعن على البر والتقوى ، بل يعين على الإثم والعدوان . وكذلك فإن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر من رأى منكرا أن يغيره بيده إن استطاع ، فمن قدر على قطع الظلم وكفه وإعطاء كل ذى حق حقه ، فلم يفعل ، يكون قد قدر على إنكار المنكر وتغييره باليد ، ولم يفعل ، فيكون قد عصى الله ورسوله .

وقد رد ابن حزم على حديث الأمانة – السابق – بأنه من

---

(1) الشورى (41)

(2) الشورى (39)

(3) البقرة (194)

(4) المائدة (2)

رواية طلق بن غنام عن شريك وقيس بن الربيع ، وكلهم ضعيف . قال : ولئن صح فلا حجة فيه ، لأن انتصاف المرء لحقه ليس خيانة، بل هو حق وواجب ، وانكار منكر . وإنما الخيانة ، أن يخون بالظلم والباطل ، من لاحق له عنده . ويؤيد ذلك حديث أنس بن مالك رضى الله عنه إذ يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " انصر أخاك ظالما أو مظلوما ، قالوا يارسول الله ، هذا ننصره مظلوما ، فكيف ننصره ظالما ، قال : تأخذ فوق يديه " [1]. قال ابن حزم : والأمر فى الحديث ظاهر فى الإيجاب ، ونصر الظالم بإخراجه عن الظلم ، وذلك بأخذ مافى يده للغير ظلما .

سادسا - ذهب الشيعة الإمامية إلى جواز الظفر بمال الغريم ، إذا كان ممتنعا عن الأداء ، إلا أنهم اختلفوا فى الظفر بالحق إذا كان وديعة ، فمنهم من يرى عدم جواز ذلك ، مستدلين بحديث الأمانة ، وأن الأخذ فى هذه الحالة يعد خيانة ، وقد نهى الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم عن الخيانة . ومنهم من يرى جواز ذلك ، وأن النهى فى حديث الأمانة محمول على الكراهة أو النصيحة [2] .

وهكذا نجد جملة من الآراء الفقهية فى مسألة الظفر بالحق ، يمكن ردها إلى الإتجاهات الثلاثة التى بدأنا بها الكلام فى هذا الفرع .

---

(1) متن البخارى بحاشية السندى ، ج ٢ ص ٦٦ .

(2) راجع فى تفصيل ذلك : كتاب الخلاف للإمام الكوسى ، ج ٢ ص ٦٤٦ وما بعدها .

رأينا فى مسألة الظفر

يمكن القول بأن مسألة الظفر بالحق - على النحو السابق - من المسائل المعقدة ، والتى اختلف بشأنها من جانب فقهاء المسلمين . فهى من المسائل المتعددة الجوانب ، ومن هنا تأتى صعوبتها ، إذ الفرض فيها أن صاحب الحق يريد الوصول إلى حقه ، من غير الطريق المعهود ، وهو طريق القضاء ، يدفعه فى ذلك إنكار من عليه الحق له ، وعدم وجود بينة يثبت بها هذا الحق أمام القضاء ، فكانت الصعوبة فى هذه المسألة .

وتتمثل الصعوبة الأولى فى هذه المسألة فى أن صاحب الحق ، عاجز عن اثبات حقه ، وفى هذه الحالة يزعم أنه لاسبيل أمامه سوى الإثبات بطريق محرم مثلا ، إن أجبرناه على اللجوء للقضاء لاستيفاء حقه ، كأن يقيم شاهدين يشهدان له زورا ، أو يكذب فى يمين أو غير ذلك . ولو جوزنا له ذلك لوصل الى حقه بطريق حرام ووسيلة محرمة ، وهذا فى حد ذاته لايبرر الحصول على الحق ، كما ذهب إلى ذلك الحنابلة . وعلى فرض أن ذلك جائز للحصول على الحق الذى لابينة له به ، وأن العبرة هى الديانة لا القضاء ، وأخذ الحق فى هذه الحالة لايأثم ديانة لأنه يحصل على حقه . أقول على فرض جواز ذلك فإننا نكون أمام مسألة أخرى غير مسألة الظفر ، حيث يتم الحصول على الحق عن طريق القضاء - ولو بوسيلة محرمة - لا عن طريق الظفر ، والقاضى إنما أمر أن يحكم بالظاهر ، لحديث أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إنما أنا بشر ، وإنه يأتينى الخصم ، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض ،

فأحسب أنه صدق ، فأقضى له بذلك ، وفى رواية : فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت لـه بحق مسلم ، فإنما هى قطعة من النار ، فليأخذها أو فليتركها " [1] . فمادام القاضى يحكم بالظاهر ، وقد أقام صاحب الحق بنية محرمة لاثبات حقه ، وحكم لـه القاضى بمقتضاها ، فإنه يأثم على الوسيلة لا على الغاية ، وذلك على فرض أنه محق فى دعواه ، وأنه صاحب حق فعلا .

ولو قلنا بعدم جواز ذلك - كما ذهب الحنابلة - فإننا نجد أنفسنا أمام صعوبة أخرى ، إذ ليس أمام صاحب الحق إلا أن يظفر بمال غريمه ، إذا وقع تحت يده ، أو سعى هو إليه ، حتى يستطيع أن يصل إلى حقه ، لأنه - والحالة هذه - لايستطيع رفع الأمر إلى القضاء ، إذ لابينة له تثبت حقه ، والفرض أنه مجحود ممن هو عليه ، وفى هذه الحالة لو قلنا بجواز ذلك لظهر فساد عظيم ، حيث تنتشر الفوضى ، ويعم الفساد ، إذ كيف يترك الأمر للأفراد ، يأخذ كل منهم حقه بنفسه ، مما يجعلهم يتحينون الفرص للإيقاع بالغرماء .

وعلى فرض جواز ذلك ، فإننا نكون أمام صعوبة ثالثة ، تتمثل فى مقدار ما يأخذ ، وهل يأخذ جنس حقه أو يأخذ جنسه وغير جنسه ، وهل يأخذ حقه فقط ، أم يأخذ كل ماوقع تحت يده من مال غريمه ، مساويا لحقه أو زائدا عليه ، على فرض عدم قابلية المأخوذ للتجزئة .

---

(1) البخارى بحاشية السندى ، ج ٢ ص ٦٨ ، أنظر لفظه فى سنن أبى داود ، ج ٢ ص ٢٧٠ ، النسائى ، ج ٢ ص ٣٧٧ ، ابن ماجة ، ج ٢ ص ٧٧٧ ، نيل الأوطار ، ج ٨ ص ٢٧٨ .

فلو قلنا أنه لايجوز له أن يظفر إلا بمقدار حقه ، ومن جنسه - كما ذهب الحنفية - لكنا أمام تساؤل فى غاية الأهمية ، وهو من الذى يقدر هذا الحق ، هل هو صاحب الحق نفسه ، أم غريمه ؟ ولا أعتقد أن الحق فى هذه الحالة يكون متفقا عليه ، فغالب الظن أن بينهما خلافا شديدا بشأن تقدير هذا الحق ، وإلا لما جحد الغريم الحق.

ولو قلنا بجواز أخذ كل مايظفر به صاحب الحق ، من جنسه أو غير جنسه إذا تعذر الجنس - كما يقول الشافعية - ، أو قلنا بوجوب الأخذ فى ذلك - كما يقول الظاهرية - ، فإن الأمر لايخرج عن فرض من ثلاثة :

الأول : أن يكون هذا المال الذى ظفر به صاحب الحق مساويا لحقه ، وفى هذه الحالة نجد أنفسنا أمام الصعوبة الثانية ، حيث انتشار الفوضى وعموم الفساد ، لترك الأمر لهوى الأفراد ، يأخذون حقوقهم بأيديهم ، ويقتصون لها بأنفسهم ، غير عابئين بحقوق يجب فيها اللجوء إلى القضاء ، وأخرى لايجب فيها ذلك .

الثانى : أن يكون هذا المال ناقصا عن حقه ، وفى هذه الحالة نجد أن صاحب الحق ينتهز الفرصة لظفرة أخرى يكمل بها حقه ، فى الوقت الذى لايأمن فيه صاحب الحق أن يظفر غريمه بمال له ، كما ظفر هو بماله ، ثم يجحده إياه ، وكأنه يبادله ظفرة بظفرة ، فإن أمن ذلك ، فإنه بالرغم من ظفرته الأولى فإنه يكون بحاجة إلى ظفرة ثانية وربما ثالثة لكى يصل إلى كامل حقه .

الثالث : أن يكون هذا المال زائدا عن حقه ، وفى هذه الحالة نجد أن صاحب الحق يكون قد أخذ الزائد عن حقه دون وجه حق ، بطريق يعتبر فى كل الأحوال ، استثناء ، من القاعدة العامة القاضية بأن القصاص فى الحقوق ينبغى أن يتم عن طريق القضاء ، إلا ماورد بنص صريح ، كما هو الحال فى الفرع الثانى من هذا المبحث ، ولايوجد فى هذه المسألة نص صريح يخرجها عن القاعدة العامة هذه.

فلو قلنا إن صاحب الحق لايرتضى أخذ الزائد ، ومن ثم فإنه يقوم برد الزائد عن حقه إلى غريمه ، أو ورثته من بعده . فإن ذلك لايتم إلا فيما يقبل التجزئة ، أما مالايقبل التجزئة - على فرض جواز الأخذ من الجنس أو غير الجنس - فلا يصح فيه رجوع شئ زائد ، اللهم إلا اذا تم بيعه ، واستيفاء الحق من ثمنه ، ورد مازاد عن الحق إلى غريمه ، وفى هذه الحالة نجد أنفسنا أمام صعوبة أخرى ، فمن يقوم بالبيع ؟ صاحب الحق أم الحاكم ، والفرض أن صاحب الحق لايحسن بيعه ، إذ قد يبيعه بثمن بخس ، سواء قصد الإضرار بصاحبه أم لم يقصد ، فإن وكل أمر بيعه إلى الحاكم فقد عدنا إلى القاعدة العامة ، إذ يفترض فى هذه الحالة أن الحاكم سوف يبحث أسباب هذا البيع ، والدوافع إليه ، ومن ثم فإنه يبحث أساس الحق المجحود ، وبالتالى يستطيع الحكم فيه . فنصل إلى ماينبغى أن نصل إليه ، وهو وجوب اللجوء إلى القضاء لاستيفاء الحقوق ، إلا ما استثنى بنص خاص .

وهكذا نجد أن مسألة الظفر هذه من الذرائع التى يجب أن تسد ، حتى لايترك الأمر لهوى الأفراد ، فيدعون حقوق لهم عند غيرهم ،

ويزعمون أنهم بالظفر إنما يستوفون هذه الحقوق . فالقضاء يستطيع اليوم اثبات كافة الحقوق ، ولو لم يوجد مع صاحب الحق بينة بحقه ، كما ذكرت فى المبحث الأول من هذا البحث .

ولهذا فإنى أرى أن مذهب الحنابلة ، المانع من هذه المسألة هو الراجح ، للإحتياط ، وللتنبيه على اثبات الديون لحظة نشأتها ، لامكان اثباتها عند إنكارها ، وترك أمر استيفاء الحقوق لأهل الإختصاص فى ذلك وهم القضاء .

وهذا الذى أميل إليه هو ماذهب اليه أيضا صاحب نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، حيث ذكر، وهو بصدد ذكر رأيه المختار فى المسألة، مانصه [1] " والظاهر أن ماذهب إليه فقهاء الحنابلة أكثر انسجاما مع مقتضيات قواعد الشريعة العامة ، وروحها مما ذهبت إليه المذاهب الأخرى . وبيان ذلك :

أولا : إن الشارع الحكيم دعا المسلمين إلى التحاكم إلى شرعه كلما حدث نزاع بينهم ، وأمرهم أن يردوا خصوماتهم إلى حكم الله ورسوله . فقال سبحانه وتعالى " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن

---

(1) د. محمد نعيم ياسين ، نظر الدعوى ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ - ١٧١

تأويلا " [1] . وقال أيضـا " فـلا وربـك لايؤمنـون حتـى يحكمـوك فيمـا شجـر بينهـم ، ثـم لايجـدوا فى أنفسهم حرجـا مما قضيـت ويسلموا تسليمـا " [2] .

فقد أمر سبحانه وتعالى المؤمنين برد خصوماتهم إلـى اللـه تعـالى وإلى رسوله صلـى اللـه عليـه وسـلم ، وكـان المسـلمون يلجـأون إلـى رسول الله صلى الله عليـه وسـلم ليقضـى بينهـم ، وبعـد وفاتـه عليـه الصلاة والسلام أصبح القيام بذلك من جملة الوظائف العامة التى يقوم بها الخليفة أو نوابه من قضاة وغيرهم . وهكذا يكون اللجوء إلى مـن نصبهم الخليفة قضاة بيـن النـاس أمـرا واجبـا ، تطبيقـا لمقتضـى تلـك النصوص .

وقد يقال : أن هذه الآيات الكريمة تأمر المسلمين بالرجوع إلـى أوامر الله ونواهيه التى أوحى بها إلى رسوله الكريم صلـى اللـه عليـه وسلم ، وتطبيق أحكامه المنزلة على كل خصومة أو نزاع ، ولاتزيد على ذلـك ، وهـذا صحيـح ، ولكـن ليـس جميـع النـاس الـذى يعـرف الأحكام التفصيلية وما يتعلق بها من أسباب وشروط ، ورب واحد من العامة يظن أن له حقا على غيره ، وهو فى واقع الأمر ليس له ذلك، أو له حق ولكن ليس بالصفات والحدود التى يظنها هـو ، أو لـه حـق ولكن شروط وفاء الحـق لـم تكتمـل ، أو قد تكـون فـى غريمـه صفـة تستوجب النظر له بتأخير وفاء الحق أو غيره ، وكل هذا مظنة خطـأ

---

[1] النســـــاء (٥٩)

[2] النســـــاء (٦٥)

من صاحب الحق ، وحتى لو أصاب فى تقدير كل ذلك فقد لايعتبر كذلك فى نظر الناس أو الغريم نفسه ، فيعرض نفسه للتهمة والكره من الناس ويسبب فى نفس الغريم الحقد والشعور بالظلم ، وكل ذلك مفاسد لايحول دونها إلا الرجوع إلى القاضى الذى يفترض فيه أن يكون عالما بأحكام الله وبأساليب المكاشفة عن الحق وحدوده ، وهو الذى أعطى من الوسائل مايستطيع بها معرفة الأحوال ، فله من السلطان ما يمكنه من الكشف على أطراف النزاع ، ومن العلم والخبرة ما يمكنه من وضع الأحكام فى مواضعها الصحيحة ، ومن الحياد ما يدفعه إلى العدل ، نعم إن كثيرا ممن أجازوا استيفاء الحق بغير قضاء استثنى من ذلك مايحتاج إلى التحرير والتحقيق من المسائل ، والواقع أن كل خلاف يحتاج إلى ذلك . وكل قضية تحتاج إلى الدراسة والتحقق من جوانبها : أليس من الجائز أن يكون صاحب الحق قد نسى مقدار حقه ؟ أليس من الممكن أن يكون قد غاب عنه مقدار أجل حقه فحسبه حل ولم يحل ؟ أليس من الجائز أن يكون مدينه معسرا ؟ بل أليس ممكنا أن يستغل ذلك أصحاب النوايا السيئة وأهل القلوب الغافلة عن مراقبة الله ، فيدعوا لأنفسهم من الحقوق ماليس لهم ؟ كل ذلك ممكن وجائز والقاضى يعرفه باستنطاق الشهود ، ومعاينة الأحوال والظروف والقرائن والوسائل التى جعلت فى يديه ولم تجعل لغيره .

وقد يقال : أن القاضى قد يخطئ أيضا فى معرفة الحق ، والجواب أن احتمال وقوع ذلك من القاضى أقل بكثير من احتمال وقوعه من صاحب الحق نفسه ، لما يتحقق فيه من شروط العلم

والعدل مما لايوجد عند عامة الناس ، ولأن دوافع التحيز والإنحراف أقل عنده بكثير مما هى عند صاحب الحق الذى قد يستبيح كل وسيلة للحصول على حقه ، وقد يتمادى فيأخذ أكثر مما يستحق .

من هذا يتبين أن دعوة الله للمسلمين أن يحتكموا إلى شرعه هى فى حقيقتها دعوة لهم أن يعرضوا قضاياهم وخصوماتهم على الخبراء بذلك الشرع ، ونواب الله فى تطبيق أحكامه ، وهم القضاة والحكام. ولذلك وجدنا جميع الفقهاء يتفقون على وجوب اللجوء إلى القضاء فى العقوبات وحقوق الله وأمور النكاح ، ووجدناهم يعللون ذلك بأن هذه أمور خطرة ، فتكون من وظيفة الحاكم . والواقع أن وظيفة الحاكم لاتقتصر على الفصل فى الخصومات المتعلقة بهذه الأمور فحسب ، وإنما هى شاملة للنظر فى كل نزاع . ثم إن كثيرا من الأمور المالية يتحقق فيها الخطر والأهمية ، بل إن النزاع فيها قد يؤدى إلى الاعتداء على الأنفس وغيرها . نعم إن من أجاز تحصيلها بغير قضاء اشترط أن لايؤدى ذلك إلى الفتنة والإضرار بالأنفس والأعضاء، ولكن هذا أمر ينبغى أن يجعل تقديره الى الحكام لا الأفراد ، لأنهم يتأثرون بعواطفهم فيقدمون على أخذ حقوقهم بما تتراءى لهم من الأساليب من غير نظر للعواقب مندفعين وراء غرائزهم ومصالحهم .

ثانيا : ثم إن مذهب الحنابلة أكثر تحقيقا للمصلحة العامة ، وذلك من ناحيتين :

الناحية الأولى : إن الحق عندما ينكره من يطلب منه يصبح محل نزاع ، والظاهر لايشهد لصاحب الحق ، لأن الأصل براءة الذمم من

الحقوق ، وحتى يغير هذا الظاهر ليس له إلا سبيل واحد ، وهو أن يلجأ إلى القضاء ليعرض بينته ، أو يقر خصمه ، وقبل ذلك يكون مخالفا للظاهر ، فإن سمح له بتحصيل حقه بنفسه كان هذا إقرارا لخرق مبدأ شرعي معروف ، هو وجوب بناء الأحكام على ظواهر الأمور في هذه الدنيا ، وربما كان لهذا أسوأ الأثر عند الناس ، من حيث أنهم يتعودون الخروج على هذا المبدأ ، ويرون ذلك أمرا سهلا، وهذه مفسدة عامة ينبغي سد الطريق إليها ، ولو أدى ذلك إلى ضياع حق خاص ،لأن المصلحة العامة أولى بالإعتبار من المصلحة الخاصة. ولعل هذا هو السبب في أن الحنابلة استثنوا من ذلك حالة ما إذا كان سبب وجوب الحق ظاهرا للناس كما في النفقة وقرى الضيف، لأن صاحبه إذا أخذه والحال هذه لم يلمسه أحد ، ولم يكن متهما ، ولا اعتبر خارقا للمبدأ السابق لأنه يسير مع الظاهر ولايخالفه .

الناحية الثانية : إن مصلحة الأمة تقتضي أن تقفل الأبواب وأن تسد الذرائع التي تؤدي إلى الفتن ، ومنها السماح للأفراد بتحصيل حقوقهم بأنفسهم من غير تدخل القضاء . نعم قد يحدث أن يحصل إنسان على حقه من غير أن تحدث فتنة أو فساد ، ولكن هذا الإحتمال لايقتضي أن يفتح هذا الباب ، ولا يقتضي أن تترك هذه الذريعة من غير سد ، لأن الشأن في سد الذرائع أنه لاينظر إلى الحالات الفردية ، ولا إلى النيات الخاصة ، وإنما إلى الضرر المتوقع من ناحية عامة ، فتساء الذريعة في وجه الجميع ، ويكون اتخاذها حراما عليهم جميعا مع أن بعض الأفراد قد يكون حسن النية ، ولايريد اتخاذها لأجل الوقوع في المحرم " . أ.هـ

وجملة ذلك تدعم وجهة نظرنا من القول بالمنع من هذه المسـألة ، كما ذكرت قبل ذلك .

خاتمـــــــــــــة

بعد استعراض آراء الفقهاء فى الشريعة والقـانون لمسـألة الظفر بالحق ، ضح لنـا أن عمليـة الظفر هذه لاتوصـل إلـى الحقـوق فـى حقيقة الأمر ، وأنه يجب عدم الإفتاء بها . وأن صاحب الحق ينبغـى عليه أن يسلك الطريق المعهود لاستيفاء حقه ، وهو طريق القضـاء ، خاصة عند النزاع عليـه أو إنكـاره ممـن عليـه ، ولا يثنيـه عـن هـذا الطريق عدم وجود بينة معه بحقه ، فإن أهم ولايات القضاء وأعظمها هـى الإنصاف للمظلومين ، وأخذ الحقوق لهـم . ولايقف القضـاء مكتوفى الأيدى أمـام نـزاع جحد فيـه الحـق ، ولا بينـة بـه . بـل إن وسائل الإثبات تستطيع بـالرغم مـن ذلك اثبـات هـذا الحـق ، فيمكـن لصاحبه توجيه اليميـن الحاسمة إلـى خصمـه . وهـذه قـاعدة شرعية أيضا ، إذ البينة على من إدعى ، واليمين على من أنكر . ولاخـوف على ضياع الحقـوق - والحالـة هذه - بحجـة أن المنكـر قد يحلـف كذبا، فقد أعطى القانون لصاحب الحق فى هذه الحالة أن يطعن علـى الحكم الصادر بناء على اليمين الكاذبة ، كما أعطاه حـق رفـع دعـوى جنائية ، يثبت فيها كذب اليمين التى حلفها الغريم ، فإن حصـل علـى حكم بذلك فإن له أن يطالب بتعويض بناء على هـذا الحكـم . ويشـمل التعويض ما تكبده صاحب الحق من نفقات وجهد ، وقيمة الحق ذاته، وماعساه أن يكون قد فاتـه مـن كسـب بسـبب مماطلـة غريمـه وإنكـاره للحـق الـذى عنـده . فعنـاصر التعويـض فـى الفقـه القـانونى يمكـن أن تشتمل علــى كـل ذلـك ، والأمـر مـتروك للقـاضـى ، يقـدر كـل حالـة حسب مايتراءى له . فله فى ذلك سلطة تقديرية . فإن عجز صـاحب

الحق عن الوصول إلى حقه بأى مـن هذه الطـرق ، فإنـه قد يحصـل على حقه بطريق ودى ، ويحدث ذلك بتدخل أهل الخير ، ومن اليهـم يوكل حل كثير من المشاكل ، وما من عصر إلا ويوجـد مثـل هـؤلاء كثير ، مدحهم النبى صلى الله عليه وسلم ، وهم الذى نصبوا أنفسـهم لقضاء حوائج الناس . والواقـع العملـى يشـهد بنجـاح هـؤلاء فـى حل كثير من المشاكل التى لاتحـل بواسـطة القضـاء . فـإن لـم يتيسـر ذلـك كله، فلا مبرر أيضا للجوء إلى عملية الظفر ، إلا فى حـدود مـاذكره الفقهاء ، كما لو وجد عين ماله ، لحديث النبى صلى الله عليه وسـلم " من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به " [1] . وكما لو أمن الفتنة والفساد من جراء عملية الظفر ، بشرط أن تتم بالضوابط الكثيرة التى ذكرها الفقهاء ، وبشرط ألا يحيف ولا يجور ، وما أظن فـى الظـافر تحقق هذه الضوابط ، وتلك الشروط ، حيث الغالب الأعم هو حدوث الفوضى والفساد ، إن ظفر صاحب الحق بمال لغريمه ، خاصة وأن هذا الغريم يجحد هذا الحق ، وبالتالى ينفتح باب شر كبير ، أولى بـه أن يسد ، ويلجأ صاحب الحق للقضاء للحصول على حقه .

فإن عجز صاحب الحق عن كل ذلك ، فـلا يلومـن إلا نفسـه ، لأنه قصر فى حقها كثيرا وذلك من ناحيتين :

أولاهما : أنه تعامل مع شـخص ليس لـه حظ مـن التقوى والـورع ، بدليـل انكـاره لهـذا الحـق ، بـل حلفـه كذبـا عليـه . ومثـل هـؤلاء الأشخاص ينبغى الاحتياط فى التعامل معهم .

---

(1) رواه احمد وأبو داود النسائى عن سمرة بن جندب.

ثانيهما : أنه لم يحتط لهذا الحق بأخذه حجة اثباته ، والتى يستطيع بها إثبات هذا الحق عند إنكاره ، إذا سلك صاحبه الطريق المعهود ، وهو طريق اللجوء إلى القضاء ، لاستيفاء الحقوق . مع ملاحظة أن القانون يعترف فى بعض الأحوال بعدم وجود السند الكتابى الذى يثبت به الحق ، ومن ثم يفترض وجوده ويقضى به ، كما هو الحال إذا ماوجد مانع أدبى يحول دون الحصول عليه ، أو ما إذا فقد بعد الحصول عليه ، وإقامة البينة على ذلك .

والحصول على دليل اثبات الحقوق سهل وميسر ، فكل حق له دليل يثبته ، وتقوم الأدلة بعضها مكان بعض ، فالشهادة قد تقوم مقام السند الكتابى فى بعض الحالات . غير أننا لو اتبعنا شريعتنا ، واتبعنا منهج خالقنا ، مازللنا ولا ضللنا ، ولا كان الشقاء نصيبنا ، فإذا كان القانون يوجب الثبوت بالكتابة فى كل دين تزيد قيمته على المائة جنيه ، فإن الله أمرنا بكتابة الديون ، أيا كان مقدارها ، دون تحديد لقدر معين منها ، بل جعل الله ذلك هو الأصل العام فى الاثبات ، ولذا فإنه صدر آية المداينة بهذا النداء الجليل . قال تعالى : " يأيها يالذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " [1] فجعل كتابة الدين أساسا لإثبات الحقوق ، أيا كان مقدارها أو صفتها . فلما غفلنا عن هذه التعاليم وجدنا أبواب الفساد تنفتح علينا من كل جانب ، ولا أظن أن مسألة الظفر بالحق ببعيدة عن هذا الباب .

والله الموفق وهو الهادى إلى سواء السبيل .

---

(1) البقـــرة (٢٨٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

قائمـــة المراجع [1]

أولاً : التفسير والحديث

١ - الإمام البخارى (ت٢٥٦هـ) : البخارى بحاشية السندى ، مطبعة الحلبى

: فتـح البـارى بشـرح صحيـح البخارى ، دار الريان للتراث

٢ - الإمام مسلم(ت٢٦١ هـ) : صحيح مسلم بشرح النووى ، دار الكتب العلمية ، بيروت

٣ - الإمام أبوداود(ت ٢٧٥ هـ) : سنن أبـى داود ، الطبعة الأولـى (١٣٧١هـ ـ ١٩٥٢م) مطبعـة الحلبى

٤ - الحافظ ابن ماجة (ت ٢٧٥هـ) : سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى،مطبعةالحلبى، ١٩٧٢م

٥ - الحافظ النسائى(ت٣٠٣هـ) : سنن النسـائى المجتبـى ، الطبعـة الأولـى(١٣٨٣هـ ـ ١٩٦٤م)٠ مطبعة الحلبى

٦ -الإمام الدارقطنى(ت٣٨٥هـ) : سنن الدارقطنـى ، عـالم الكتـب ، بيروت

(١) يراعى فى ترتيب كتب التراث أن العبرة بتاريخ الوفاة ، وفى الكتب الحديثـة العبرة بالحروف الهجائية .

٧ - الإمام القرطبى(ت ٦٧١هـ) : الجامع لأحكام القرآن ، الطبعة الثالثة(١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٧م)٠ دار الكتاب العربى

ثانياً : كتب الفقه :

١ - ابن حزم (ت ٤٥٦ هـ) : المحلى لابن حزم الظاهرى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربى، دار الأفاق الجديدة ٠

٢ - الطوسى (ت ٤٦٠ هـ) : مسائل هامة من كتاب الخلاف للطوسى،جامعة طهران،١٣٤٤هـ

٣ - الشيرازى (ت ٤٧٦ هـ) : المهذب فى فقه الإمام الشافعى ، مطبعة الحلبى ٠

٤ - الغزالى (ت ٥٠٥ هـ) : الوجيز فى فقه الإمام الشافعى ،دار المعرفة (١٣٩٩هـ ١٩٧٩م)

٥ - ابن قدامة (ت ٦٢٠ هـ) : المغنى على مختصر الخرقى ، مكتبة الكليات الأزهرية ٠

٦ - ابن تيمية(ت ٧٢٨ هـ) : إقامة الدليل على إبطال التحليل ، مطبوع فى الجزء الثالث من الفتاوى الكبرى ، دار المعرفة٠

٧ - ابن القيم(ت ٧٥١ هـ) : أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل

: إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ، دار الجيل

٨ - ابن نجيم (ت ٩٧٠ هـ) : البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، الطبعةالأولى ، المطبعة العلمية

٩ - الخطيب (ت ٩٧٧ هـ) : مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ منهاج ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

١٠- الحموى (ت١٠٩٨ هـ) : غمز عيون البصائر ، شرح كتاب الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ _ ١٩٨٥ م).

١١- نجل ابن عابدين (ت١٣٠٦هـ) : قرة عيون الأخيار ، تكملة رد المحتار على الدر المختار ، مطبعة الحلبى ، الطبعة الثانية (١٣٨٦هـ - ١٩٦٦ م)

١٢- البهوتى (ت ١٠٥١ هـ) : كشاف القناع عن متن الإقناع ، مكتبة النصر الحديثة .

ثالثاً : كتب اللغة والمعاجم :

١ - الراغب الأصفهانى (ت٥٠٢ هـ) : المفردات فى غريب القرآن ، مطبعة الحلبى .

٢ - الفيروز آبادى (ت٨١٧هـ) : القاموس المحيط ، مؤسسة الحلبى وشركاه .

٣ - مجمع اللغة العربية (مازال قائماً) : المعجم الوسيط ، الطبعة الثالثة ، القاهرة .

رابعاً : كتب القانون :

١ - د٠ أحمد سلامة : مذكرات فى نظرية الإلتزام ، الكتاب الثانى ، أحكام الإلتزام ، مكتبة عين شمس ٠

٢ - د٠ أحمد محمد ابراهيم : قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة ٠

٣ - د٠ إسماعيل غانم : فى النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الثانى ، أحكام الإلتزام والإثبات ، مكتبة عبد الله وهبه ١٩٦٧، ٠

٤ - مستشار/ أنور العمروسى : التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل ، الجزء الأول ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٣ ٠

٥ - د٠حسن صادق المرصفاوى : قانون العقوبات الخاص ، منشأة المعارف ، ١٩٧٥ ٠

٦ - د. حسنى الجندى : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص فى جرائم الأموال ، ١٩٨٥ ٠

٧ - د٠ رضا وهدان : حق الملكية ، الطبعة الثالثة (١٩٩٦) ٠

٨ - د٠ رمسيس بهنام : بعض الجرائم المنصوص عليها فى المدونة العقابية، منشأة المعارف

٩ - د٠ سمير تناغو : أحكام الإلتزام والإثبات ١٩٨٩/٨٨

١٠- د٠سمير تناغو ، د٠محمدحسين منصور : القانون والإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧ ٠

١١- د٠عبدالرازق حسن فرج : شرح قانون الإثبات ، ١٩٩٣

١٢- د٠ عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، دار النهضة العربية ٠

١٣ - د٠ عبد المهيمن بكر : القسم الخاص فى قانون العقوبات ، الطبعة السابعة، ١٩٧٧ ٠

١٤- د٠ على راشد : القانون الجنائى الخاص ، ١٩٧٢

١٥- د٠ عمرو الوقاد : العلاقة بين الإختلاس وملكية الفاعل ، ١٩٩٨

١٦ - د٠ محمد زكى أبو عامر : قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ١٩٨٧ ٠

١٧ - د٠ محمد نعيم ياسين : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، منشورات وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية، ٢٣ ٠

١٨ - د٠ محمد يحيى مطر : مسائل الإثبات فى القضايا المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، ١٩٩١ ٠

١٩ - د٠ محمود الديب : الحيل فى القانون المدنى ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ، ١٩٩٢

٢٠- د٠ مراد رشدى : الإختلاس فى جرائم الأموال ، نادى القضاه ، ١٩٨٧ ٠

٢١- مستشار/مصطفى مجدى هرجة : التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء ، نادى القضاة، ١٩٩١ ـ ١٩٩٢ ٠

٢٢ - د. وهبة الزحيلى : الفقه الإسلامى وأدلته ، دار الفكر ، ١٩٩٦ ٠

خامساً : الدوريات والمجموعات:

١ - مجموعة أحكام النقض الجنائى ٠

٢ - مجموعة أحكام النقض المدنى ٠

٣ - مجموعة الأعمال التحضيرية ٠

٤ - مجموعة عمر ٠

٥ - مجموعة القواعد الجنائية ٠

٦ - مجموعة المكتب الفنى ٠

فهرس البحث

رقم الإيداع	٩٧ / ١٠٧٧٣
الترقيم الدولى : I.S.B.N	
977 - 5394 - 38 - 4	

الحرمين للكمبيوتر

٣٨ شارع سوتير ـــ الأزاريطة

أمام كلية الحقوق

☎ : ٤٨٢١٢٢٠